

Acta Conventus de Iure Civili

Tomus IV.



Szegedi Tudományegyetem
Állam- és Jogtudományi Kar
Polgári Jogi és Polgári
Eljárásjogi Tanszék

**ACTA CONVENTUS DE IURE CIVILI
TOMUS IV.**

X 11840

ACTA CONVENTUS DE IURE CIVILI

TOMUS IV.

A Szegedi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kara Polgári Jogi és
Polgári Eljárásjogi Tanszékének kiadványa

04311

LECTUM
Szeged, 2005



SZTE Egyetemi Könyvtár



J000448173

X1 1 8 4 0

TARTALOM

<i>Papp Tekla: Köszöntő</i>	7
<i>Szalma József: Szerződéskötési autonómia az európai és a magyar jogban</i>	9
<i>Florian Faust: Die EG-Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf</i>	59
<i>Florian Faust: EK-irányelv a fogyasztási javak adásvételéről (fordította: Horváth Szilvia)</i>	89
<i>David G. Hugley: Contracts Restricting the Use of Ideas</i>	113
<i>Orosz P. Gábor: Összefoglaló David G. Hugley Contracts Restricting the Use of Ideas című előadásáról</i>	127
<i>Programterv</i>	133

TISZTELT OLVASÓ!

A Szegedi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar Polgári Jogi és Polgári Eljárásjogi Tanszéke és a Szeged Biztonságpolitikai Központ 2005. április 8. napján a szegedi Tanulmányi és Információs Központban „A szerződési jog nemzetközi tendenciái” címmel rendezett nemzetközi konferenciát.

A rendezvényt követően valamennyi előadót felkértük arra, hogy az elhangzott referátumot írott formában is bocsássa rendelkezésünkre; köszönettel vettük, hogy valamennyien elkészítették előadásaik szerkesztett változatát. Ezeket és a magyar nyelvű fordítást, illetve rezümét e füzetben gyűjtöttük össze.

A szervezők nevében ajánlom a kiadványt a szerződési jog iránt érdeklődőknek.

Szeged, 2005. május 31.

Papp Tekla



PROF. DR. SZALMA JÓZSEF
EGYETEMI TANÁR, ÚJVIDÉK

SZERZŐDÉSKÖTÉSI AUTONÓMIA AZ EURÓPAI ÉS A MAGYAR JOGBAN

I. A szerződési szabadság az EU-ban. A szerződési szabadság, szerződéskötési szabadság (szerződési autonómia) fogalom-meghatározása. A szerződési autonómia korlátai és megszegésének alapvető jogkövetkezményei.

1. A szerződési szabadság az Európai Unióban.

A Maastricht-i (EU) Egyezmény (1992), valamint a korábbi Római (EK) Egyezmény (1957)¹ egyik kiemelt alapelve az áru, szolgáltatások, munkaerő és a tőke szabad áramlása, az európai – örvendetelesen bővülő – gazdasági térségben. Megmutatkozott, hogy ennek biztosítása, azaz könnyítése céljából elengedhetetlen a közösségi magánjog nemcsak irányelvek vagy rendeletek útján való szabályozása – a közösségi, európa parlamenti és tanácsi hatáskörben, hanem kodifikációs szinten is, elsősorban a szerződési jog területén, elősegítvén a szerződéskötés szabadságát és a szerződési szabadságot. Modelltörvények jöttek létre (UNIDROIT), vagy magánindítvány és nemzetközi tudományos összefogás alapján folyamatban van kidolgozásuk, megalkotásuk. Utóbbiak közül említsük meg az Ole Lando féle *Szerződési Alapelveket (Principles of European Contract Law*, melynek kidolgozása még 1980-ban kezdődött, a II. kötet 2000-ben jelent meg), vagy a Gandolfi által vezetett kodifikációs törekvéseket (Accademia dei Giurisperivatisti Europei – Avantprojet);² előbbiek közül az UNIDROIT nemzetközi kereskedelmi szerződésekről szóló modelltörvényét (1994). Újabban 2003-tól pedig folyamatban van az Európa Tanács és Parlament által létrehozott Bizottság munkája, mely a *koherens közösségi szerződési jog kodifikációjának* szükségével, a közösségi magánjog fejlődési irányainak kijelölésével, tartalmával és szabályozási módszerével

kapcsolatosan folytat ankét-tevékenységet.³ Az EU, *Európa Alkotmány Szerződésének* (2003 június 18, július 10) II-16 szakasza előíranyozza a *vállalkozási szabadságot*, amely immáron európai uniós, alkotmányi jellegű alapelvevé vált. A szövegtervezet szerint a vállalkozás szabadsága az uniós jog és az egyes államok joga szerint elismert. Ugyanakkor II-15 szakaszában előíranyozza, hogy minden embernek joga van a munkára, szabadon megválasztott, vagy vállalt hivatásán belül. A II-17 szakasz pedig előíranyozza, hogy minden embernek jogában áll jogszerűen megszerzett tulajdont birtokolni, azzal szabadon rendelkezni és azt örökölni.⁴

Az európai (közösségi és belső) magánjog fejlődésének útjait számos külföldi⁵ és hazai szerző elemezte, mind magánjogtörténeti, mind tételes jogi szemszögből. Egyes szerzők a közös kódex mellett szállnak síkra, azon az alapon, hogy a szerződési szabadság kiterjesztése elengedhetetlen a Binnenmarkt (közös piac) megvalósítása céljából. Érvelésük szerint immáron az európai közös piac normatív kereteinek és a piac akadálytalan működésének biztosítása céljából, nemcsak a jogharmonizáció, hanem a majdani Európai Parlament által (és nemcsak magánkodifikációk útján) megalkotott közös kódex révén is túl kell haladni a klasszikus kollíziós nemzetközi magánjog megoldásait. A nemzetközi kereskedelmi jogban ugyan fennáll a jogválasztás lehetősége, mely kizárja a nehézkes kollíziós normák általi utalásokat, és ezáltal az alkalmazandó anyagi jogok „összeütközését.” A felek akár az európai szerződési magánkodifikációkat is kiköthetik, összhangban az akaratautonómiával. Mégis, a koherens európai szerződési jog vonatkozásában az illetékes bizottság által megvalósított Ankét kérdezettjei (gazdasági kamarák, vállakozások, stb., kb. 150) helyesnek tartják a közösség által elfogadott szerződési jogi kodifikációt. Mások azt vallják, hogy az Unió egyenesen és máris, korlátozza szinte áttekinthetelen irányelvi és rendeleti jogával a szerződési szabadságot, jóval inkább, mint a belső kódexek. Ezen az állásponton van a doktrína tekintélyes része akik, úgyszintén a közös kódexek mellett szállnak síkra; nem érintvén a belső kódexek létjogosultságát (Zimmermann, Hugh Beale, Von Bahr, Irene Klauer). Igaz, különböző nézetek vannak arról, hogy a közös szerződési kódex csupán alapelveket tartalmaz, vagy ennél többet, „mélyítvén” az egyes szerződési jogin-

tézmények felé. A nemzeti kódexek is módosultak az irányelvi jog hatására (Német BGB 2000-2201, OPTk). Komoly jogegységesítési törekvések jutottak kifejezésre a választottbíróági eljárások tekintetében, hiszen a belső, tagállami törvények szinte „egy az egyben” elfogadták a választottbíróági modelltörvényt (UNIDROIT). A materiális jog egyékesítése, legalábbis kodifikációs szinten ennél „óvatosabban” halad. Talán azért, mert fennáll a (szerződési) jogválasztás lehetősége, legalábbis a nemzetközi kereskedelmi jogviták esetén. Talán azért, mert „fékező módon” a klasszikus kódexek mögött ott áll a rendkívül gazdag polgári jogi irodalom és jogalkalmazási tapasztalat? Talán azért, mert a polgári jog alapvető konvergenciájára már régtől sor került, a római jogi közös hagyományok⁶, a kereskedelmi szokásjog, a klasszikus polgári törvénykönyvek recepciók hatásai és az uniós jogharmonizáció útján? Nyilvánvaló, hogy az alapvető konvergencia nem elegendő, a szerződési szabadság érvényesítése érdekében szükséges az alapvető szinten meghozott európai polgári jogi kodifikáció, ezen belül nyilvánvalóan első hely a szerződési jogé.

2. A szerződési szabadságról szóló alaprendelkezések az egyes klasszikus európai polgári jogi kódexekben.

Tekintettel az európai közösségi jogra, valamint a magyar Ptk újrakodifikálására, szükségesnek és hasznosnak tűnik a klasszikus európai polgári törvénykönyvek szerződési szabadságról és korlátairól szóló rendelkezéseinek áttekintése, a jogalkalmazás álláspontjait is figyelembe véve. A következőkben a francia Code civil (1804), a német BGB (1896/1900), az Osztrák Általános Polgári törvénykönyv (1811) és a svájci Kötelmi törvény (1911) vonatkozó rendelkezéseit és alkalmazását kíséreljük meg áttekinteni.

a) A francia Code civil. A Code civil közismert 6. szakaszában határozza meg a szerződési szabadságot és annak általános korlátait. A törvény szavai szerint: „Az egyes szerződések nem állhatnak ellentétben a közrend és a jószokások törvényeivel.”⁷ Az újabb jogirodalom számos szemponját elemzi a szerződési szabadság tartalmának és közrendi korlátainak, mint pl. a közrend és jószokások fogalma és oltalma, a közrend és jószokások hanyatlása, a közrend és az építkezési tevékenység, a jogforgalom és a közrend kapcsolata, a

bíróság szerepe a szerződési közrendvédelemben, a közrend szerződés által történő megsértésének jogkövetkezményei, a közrendi kifogás, a személyiségvédelem és a közrend. A 6. szakasz eredete és fejlődésmenete, a közrend és a fogyasztóvédelem, a közrend és a házassági, azaz házassági vagyoni jogi szerződések, a közrend és a nemzetgazdaság, közrend francia és angol jogösszehasonlítás.⁸ A francia bírói gyakorlat a közrend alapján oltalmazza a *személyiségi jogokat*. E jogok, különösen a *személyiség méltóságának* szerződési megsértése, közrendellenesnek minősül.⁹ Közrendellenesek azok a szerződések is, amelyek sérelmezik a *munka szabadságát* és a vállalkozói alapítói jogokat, – különösen, ha a szerződés *versenykizáró rendelkezéseket* tartalmaz és ezzel sérül más vállalkozó érdeke. Semmisnek minősülnek a szolgálati szerződésbe foglalt *kizárólagos jogokat* tartalmazó bérkifizetési klauzulák.¹⁰ Közrendellenesnek és semmisnek minősül a házasság szabadságával ellentétes szerződés.¹¹ A *választottbírák megválasztása* a választottbírói eljárásban a felek jogában áll, e joggal ellentétes, e jogot kizáró szerződési klauzula sérti a közrendet és az ilyen klauzula semmis.¹²

b) A *német BGB*. A szerződési szabadság *általános korlátait* a német BGB 138. paragrafusában szabályozza. Ennek (1) bekezdése szerint a jogügylet, amely sérti a jószokásokat, semmis. A (2) bekezdés tiltja az uzsorát, nevezetesen „különösképpen semmissek azok a jogügyletek, amelyek a másik fél kényszerhelyzetével, tapasztalatlanságával, belátóképességének hiányával, és szembevető akarategyengeséggel való visszaélés útján, saját érdekében, vagy harmadik személy hasznára, olyan szolgáltatási előnyt ígér, nyújt, vagy szavattól, ami a másik fél terhére, a szolgáltatások szembevető aránytalanságához vezetett.”¹³

A törvényszöveg általánosan elismert kommentátorai (Jauernig, Schlechtriem, Stürner, Teichmann, Vollkommer) szerint e rendelkezés meghatározza a magánautonómia kereteit (Begrenzung der Privatautonomie).¹⁴ A rendelkezés minden jogügyletre, nemcsak a szerződésre érvényes. A mérvado *időpont*, amikor a jószokásellenességnek fenn kell forognia, ahhoz, hogy a szerződés semmisé nyilvánítható legyen, a szerződés (jogügylet) megkötésének időpontja.¹⁵ A *jószokásellenesség fogalma* a bírói

gyakorlatban úgy van meghatározva, mint olyan magatartás, amelyet *mindenki elítél és igazságtalannak, métánytalannak, jogellenesnek tart.*¹⁶ Nem elegendő tehát a bírő személyes, szubjektív meggyőződése arról, hogy a jogügylet jószokásellenes. A jószokások *nem tekinthetők szűkebb értelemben vett szokásoknak.* A jószokások nem mások mint *minimumai a jogforgalomban szokásosan elfogadott magatartási módnak.* Ezek figyelembe vételének hiánya a jogügyletet semmissé teszi. Vannak olyan nézetek is, melyek szerint a jószokások olyan *etikai minimumok* figyelembevételét követelik meg, amelyek a *hatályos jogrendszer alapvető értékrend-szerében foglaltak.*¹⁷ A bírói gyakorlat pl. jóerkölcsbe ütköző szerződéseknek tartja a nemi kapcsolat pénzbeli térítését.¹⁸ Jószokásellenes az eljegyzés a még házasságban levő személlyel.¹⁹ Fokozatosan változott a megítélése az orvosi és ügyvédi gyakorlat átruházásáról, eladásáról szóló szerződéseinél.²⁰ A jogügylet jószokásellenessége a jogügylet tartalmának, indítékainak és céljának összességére nézve történő mérlegelés alapján következtethető ki.²¹ Jószokásellenes továbbá a gazdasági erőfölénnyel való visszaélés, különösen monopolhelyzetben (pl. az energiaellátóval megkötött szerződésnél az erőfölényből eredő egyoldalúan és a fogyasztóra nézve kedvezőtlenül meghatározott térítés). Semmisek természetesen az uzsora és az uzsorához hasonló ügyletek, mivel ezek is jószokásellenesek.²²

Részleges semmisség. A BGB 139. paragrafusa szerint, ha a szerződés egy része semmis, a szerződés egésze semmis, kivéve, ha a felek a semmis rész hiányában is megkötötték volna a szerződést.²³

Konverzió. A BGB 140. paragrafusa szerint, „Amennyiben a semmis jogügylet megfelel egy másik jogügylet követelményeinek, érvényes az utóbbi, amennyiben a felek ennek érvényét kívánták volna, ha a semmiségről tudomásuk lett volna.”²⁴

A BGB 142. paragrafusa szerint előírányzott jogkövetkezménye a jószokásellenes, vagy tilos szerződésnek, a szerződés semmissége. A szerződést kezdettől, létrejövetelétől kezdődően semmisnek kell tekinteni.²⁵

A forma és a tartalom szabadsága. A német klasszikus jogirodalom utal arra, hogy a német jogban a gemeines Recht tanításai szerint főszabály szerint kötelmek alapításához nem szükséges

valamely forma, a formakötelezettség kivétel, és akkor szükséges a szerződés megfelelő alakiséga, ha azt külön törvényi rendelkezés előírja.²⁶ A BGB 305. paragrafusa szerint a kötelelem alapításához, valamint a jogügylet tartalmának módosításához, szükséges a szerződés megkötése a felek között, amennyiben a törvény mást elő nem íranyoz.²⁷

Formabiányosság jogkövetkezménye. A BGB 125. paragrafusa értelmében a jogügylet, amelynél hiányzik a törvényben előírt alak-szerűség (forma), *semis*. A jogügylet által előírt forma hiányossága, kétely esetén, ugyanígy semmisséggel jár.²⁸ A BGB 128. paragrafusa szerint, amennyiben a törvény megköveteli a *közjegyzői formát* (notarielle Beurkundung) elegendő a szerződés érvényéhez már az is, hogy a közjegyző ellenjegyezte (hitelesítette) az ajánlatot és az elfogadást.²⁹ A BGB 129. paragrafusa szerint amennyiben a szerződés engedelüköteles, a nyilatkozatot írásban kell megfogalmazni, azzal, hogy a felek aláírását közjegyzőnek kell hitelesítenie.³⁰

A német Kereskedelmi törvénykönyv (1900)³¹ és a vállalkozói szabadság. Az 1861.-es évi (Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch ADHGB) tulajdonképpen rendi jellegű jog volt, a kereskedők magánjogi forgalomban való részvételét szabályozta és a francia Code commerce „rendiesített” változata volt. A hatályos 1900. évi Kereskedelmi törvénykönyv megtartotta a kereskedők sajátos jogállását, ami többek között a kereskedelmi tevékenység folytatását, – függetlenül attól, hogy milyen társasági, szervezeti formában valósul meg (részvénytársaság – Aktiengesellschaft, betéti rt. – Kommanditgesellschaft auf Aktien, korlátolt felelősségű társaság – Gesellschaft mit beschränkter Haftung, GmbH) – a kereskedelmi tevékenységet megvalósító cég lajstromoztatásával feltételezi.³² Tehát a kereskedelmi tevékenységben résztvevő jogalanyok csak a *cégbejegyzés feltételével* vehetnek részt a jogforgalomban. A hatályos törvény reformjára, különösen a kereskedő fogalmának új meghatározása tekintetében 1998. júniusában került sor, a kereskedői „státusz” további liberalizálása irányában.³³

c) Osztrák Általános Polgári Törvénykönyv (OÁPt.). AZ OÁPt. 869. paragrafusa a szerződés létrehozatalához szükséges feltételként szabja meg a *szabad akarátmegegyezést*. Az akarátnyilatkozat komoly, határozott, és érthető kell legyen. Ellenkező esetben a

szerződés nem jön létre. A 870-877. paragrafusok szabályozzák az *akarathibás* szerződéseket, vagyis azokat, amelyek *kényszerhatás, megtévesztés, vagy tévedés* hatása alatt, vagy következtében jöttek létre, előírányozván a megtámadhatósági jogkövetkezményt. A megtévesztett vagy kényszerített amellet, hogy igényelheti a szerződés megtámadását, kártérítésre is jogosult, melynek kötelezettje a másik, rosszhiszemű fél. A 878. paragrafus a szerződés érvényességének további feltételeiként a *szerződés tárgyának* lehetséges és engedélyezett voltát követeli meg. Tehát a szerződés tárgya *lehetséges és engedélyezett* kell legyen.³⁴ Végül a szerződés szabadságának általános korlátját az OÁptk. 879. paragrafusa szabja meg: (1) *A szerződés, mely törvényi jogszabályt, vagy jószokásokat sért, semmis.* (2) Különösképpen a következő szerződések semmisek (*tilos szerződések*): 1. A házasságközvetítés. 1.a) Az egészségügyileg (orvosi szempontból) indokolt (támogatott) szervátültetés közvetítése. 2. A perbeli jogi képviselő ügyféllel kötött szerződése, amelyben a képviselő az ügyfél perbeli követelését részben, vagy egészben a maga javára köti ki. (Más szóval, ha az ügyvédi díjazás tárgya maga a perbeli követelés egésze, vagy annak meghatározott része). 3. Amennyiben az örökséget, vagy egy harmadik személytől eredő meghatalmazást még az átruházó vagy a megbízó életében a várományos elidegenítette. 4. Ha valaki a másik fél könnyelműségének, tapasztalatlanságának, vagy szorult helyzetének kihasználásával a maga, vagy harmadik személy javára feltűnően előnyös kikötést szerződött le, amely a másik fél szolgáltatásának értékével összevetve aránytalan. (3) *Az általános üzletkötési feltételben, vagy szerződési formalevélben* (blanket-tában) foglalt olyan szerződési rendelkezés, mely nem tartalmazza mindkét fél fő kötelezettségét, semmis – amennyiben e rendelkezés, az eset összes körülményeit figyelembe véve, az egyik szerződő felet *súlyos hátrányosan érinti*.³⁵ Az OÁptk. meghirdeti a formamentességet, *formaszabadságot*, hiszen 883. paragrafusa szerint, a szerződés megköthető *szóban* vagy írásban, a bíróságon vagy bíróságon kívül, tanúkkal vagy tanúk nélkül. A szerződés alakiságának különböző változatai között, a szerződés kötelmi joghatálya tekintetében, kivéve a törvényben előírt eseteket, nincs különbség. (Más szóval mind a formátlan, mind a formális szerződésnek egyen-

lő hatálya van, egyikkel és a másikkal is lehet kötelmet alapítani, kivéve ha a törvény másként rendelkezik). A 884. paragrafus szerint azonban, amennyiben a *felek* egy (jövőbeni) szerződésük tekintetében meghatározott formát irányoznak elő, vélelmezett, hogy e forma teljesítése *nem kötelező*.³⁶ Az osztrák kódex 885. paragrafusa szabályozza az ún. *punktációt (pontozatot)*, sajátos előszerződést, amely ugyan nem képez formális okiratot, de tartalmazza a szerződés fő elemeit. Az ilyen megállapodás érvényes kötelemet hoz létre a felek között.³⁷ Az OÁPt. 886. paragrafusa szerint, amennyiben a törvény a felek akaratkifejezésére *kötelező írásbeli alakot* ír elő, a szerződés az okirat aláírásával jön létre.³⁸

Az osztrák *jogirodalom*³⁹ minősítése szerint a szerződési szabadság a kötelmi jogban jut kifejezésre, kevésbé a családi jogban. E szabadság kifejezője a *magánautonómia* eszméjének. A szerződési szabadság fogalma alatt értendő a szerződéskötési (Abschlussfreiheit) és a szerződési (egyetértési) szabadság (Einigungsfreiheit), a *formátlanság elve*, a *szabad tartalom-meghatározás elve* (típus- és tartalomszabadság – Gestaltungs-, oder Inhaltsfreiheit), a szerződés *megszüntetésének szabadsága*.⁴⁰ A szerződéskötés szabadsága azt jelenti, hogy a felek szabadon dönthetnek arról, hogy egyáltalában kötnek-e szerződést és kivel. A *formasabadság* (formátlanság, alakiságtól mentesség – Formfreiheit) azt jelenti, hogy a kötelmi szerződés (jogügylet) megkötése nem függ valamilyen különleges alaki kelléktől, mert elvben formátlan. A típuszabadság (Gestaltungsfreiheit), vagy a *tartalom-meghatározás szabadsága* alatt azt értjük, hogy a szerződő felek nem kötelesek a törvény által előírányzott szerződéstípusokat megkötni, tehát *nincs szerződési típuskényszer* (kein Typenzwang besteht). Idővel kialakultak a szerződési gyakorlatban olyan szerződések is, amelyek *nincsenek szabályozva* a törvényben, *nincsenek nevesítve*. Ezeket *atipikus szerződéseknek* nevezzük (atypische Verträge). Ezeknek példái: a garanciaszerződés, hitelnyitási szerződés (Kreditöffnungsvertrag), hitelezési megbízás (Kreditauftrag), stb.⁴¹ A felek *vegyes szerződést* is köthetnek (gemischter Vertrag), amelyek a törvény által szabályozott különböző szerződéstípusokból állnak össze, pl. vételből és ajándékozásból álló vegyes ajándékozás, a bérletből és a vételből álló leasingszerződés, kölcsönből és letétből álló banktakaré-

betétről szóló szerződés (Banksparereinlagenvertrag), stb. Mérvadó jog alkalmazása, azaz jogvita esetén alkalmazandó, vagy a *kombinációs* elmélet, mely szerint minden szerződésre nézve, adott kötelezettségre vonatkozóan azt a jogszabályt kell alkalmazni, *amely szerződéstípusból a kötelezettség fakad*. A vétel és a csere elhatárolása esetében azonban érvényes a törvényi jogszabály (OÁPt. 1055. par.) és a *túlnyomó, túlsúlyban* levő szerződést kell alkalmazni (abszorpciós elmélet, Absorptionstheorie).⁴² Mint minden magánautonóma, a szerződési szabadság is tartalmaz korlátozásokat (Schränken). Ezek védik a közrendet (öffentliche Ordnung), továbbá a szociálisan gyengébb csoportokat.⁴³ A magánjog semmiképpen sem érinti csupán a személyt, mint egyént (Person als Individuum), hanem egyúttal a közösséget is (Allgemeinheit).⁴⁴ Habár a kötelmi szerződések által a magánjogi jellegű magántulajdon kerül forgalomba, ez eminens nemzetgazdasági jelentőséggel bír. Ausztriában érvényesül a *szabad verseny* (freies Wettbewerb), ami nem csupán a verseny szabadságából következik (az Alkotmány 6. szakaszának 1. bekezdése), hanem lényegében a szerződési szabadságon alapul. A magánjogok és kötelezettségek jelentős mértékben *korlátozottak, vagy módosítottak közjogi jogszabályokkal* (öffentlich-rechtliche Vorschriften). Így pl. a szerződési szabadság szerződéskötési kötelezettséggel korlátozott meghatározott vállalkozások esetén. Habár a magánjog kapcsolódik a közjoghoz, *lényegében mentes a hatósági beavatkozásoktól*.⁴⁵ Vannak a feleket *oltalmazó törvényi rendelkezések*, amelyek a szerződési szabadságot korlátozzák, azért, hogy a szerződés tartalmában kialakult súlyos következmények esetén lehetőséget adjanak a feleknek a korrekcióra. Ilyen jogintézmény pl. a szolgáltatás és az ellenszolgáltatás *feltűnő aránytalansága* (OÁPt. 934. paragrafus) és az *uzsora* esete (OÁPt. 979. § 2. bek. 4.). A szerződés akkor érvényes, ha *szabad akaratelhatározás* műve, ha az *akarat bibás*, mert a nyilatkozó tévedésben volt, a szerződés *megtámadható*.⁴⁶

Mindenki szabadon határozhat arról, hogy megköt-e egy szerződést, s ha igen, milyen tartalommal. Mivel a partner számára is rendelkezésre áll a magánautonómia, a szerződés megkötése és tartalma a másik fél egyetértését feltételezi. Az *információ* hiánya,

vagy megléte korlátozza, vagy lehetővé teszi a szerződési szabadság érvényesítését.⁴⁷

Azok a jogügyletek, amelyek megsértik a jószokásokat, semmisék. *Jószokások* alatt értjük azokat a normákat, amelyeket a törvény kifejezetten nem tartalmaz, de helyesen kikövetkeztethetők a *jogi érdekekből*. A Legfelsőbb Bíróság álláspontja szerint jószokásellenesek azok a szerződések, melyek durván sértik a joggal védett érdekeket, durva (szembetűnő) értékegyenlőtlenséget okozván a felek érdekei tekintetében.⁴⁸ A jószokások azonosak az *iratlan joggal*, az *alapvető jogelvek* közé sorolhatók. Vannak nézetek, melyek szerint az *erkölcs* általánosan elismert normáit is figyelembe kell venni.⁴⁹ A bírói gyakorlat értelmében jószokásellenes a házastársak közötti megállapodás, mely szerint kölcsönös szexuális szabadságot biztosítanak egymásnak. Tilos a szexuális szolgáltatásokért ellenszolgáltatást kikötni (prostitúció). Tilos az a megállapodás is, házasságban nem élő, de együtt élő nő és férfi között, amely szerint a meg nem született gyermek iránti minden felelősséget a jövőbenő apa az anyára ruházza át.⁵⁰ Jószokásellenesek és semmisék a vagyoni büntetésről szóló megállapodások, amelyek ellentétben állnak a büntetés céljával.⁵¹ Tilos az arról szóló ígéret, amely szerint az ígértevéő lemond a házasságról vagy arról, hogy hivatását nem fogja megváltoztatni, vagy arról, hogy meghatározott vallást válasszon magának.⁵² Jószokásellenesek azok a szerződések, amelyek sértik a személyiségi szabadságot, vagy a vállalkozói szabadságot, mint pl. az olyan szerződés, amely a másik fél gazdasági tönkremenetelét célozza.⁵³ Bizonyos cselekmények önmagukban nem jószokásellenesek, hanem csupán akkor, ha pénzbeli ellenszolgáltatás fejében történnek, pl. ha az egyik házastárs pénz fizetése ellenében megbocsátja a másiknak a válóokot. A pénzbeli térítés nélküli megbocsátás nem jószokásellenes.⁵⁴

Összegezván az osztrák jog elméleti álláspontjait, Gschnitzer szavaival, a kötelmi jogban a jogrend messzemenően a feleknek adja át azt a lehetőséget, hogy jogviszonyaikat maguk rendezzék, szabályozzák. Ez a magánautonómián alapul. Ennek eszköze a szerződés. A kötelmi jogban uralkodó a szerződési szabadság. Csupán kivételesen fordul elő a szerződéskötési kényszer (Kontrahierungszwang). Ugyanakkor a felek szabadok a szerződés tartalmának meg-

határozását illetően, továbbá a szerződési jogban a formszabadság az uralkodó.⁵⁵

d) *Svájci Kötelmi törvény (Sv.Kt.)* A törvény 19. szakaszának (1) bekezdése szerint a szerződő felek *szabadon* határozzák meg *a szerződés tárgyát, a törvényi jogszabályok keretén belül*.⁵⁶ E szakasz (2) bekezdése értelmében pedig „a szerződés érvénytelen, amennyiben a szerződés ellentétben áll a *kényszerítő törvényi jogszabályokkal, a szokásokkal és a közrenddel*, különösképpen, ha ellentétben állnak a törvénnyel szavatolt *személyiségi* jogosultságokról szóló rendelkezésekkel.”⁵⁷ A törvény a szerződési szabadság *általános korlátait* döntően a 20. szakaszban határozza meg. E szakasz (1) bekezdése szerint „a szerződés semmis, amennyiben *tárgyát tekintve lehetetlen, tilos*, vagy ellentétben áll a *szokásokkal*.” A (2) bekezdés szerint pedig, „amennyiben a szerződés *egyes klauzulái semmisek*, a szerződés e klauzulái semmissé teszik az egész szerződést, kivéve, ha a szerződés e klauzulák hiányában is érvényben tartható.”⁵⁸ A 21. szakasz *tiltja az uzsorát*, ami nem más, mint olyan szerződési ígéret, amelynek ellenszolgáltatása az ígérthez mérten szembetűnően aránytalan, annak alapján, hogy a kizsákmányolás a másik fél szorult helyzetének, tudatlanságának, vagy tapasztalatlanságának kihasználásával jött létre.⁵⁹ A törvénykönyv a szerződési szabadságot kivételesen feltételezi *forma* (kötelező alakosság) teljesítésével. A 22. szakasz szerint, amennyiben a felek a szerződés érvényét általuk meghatározott formához kötötték, e forma (alakosság) kötelezi őket, akár az ajánlat megadásának tekintetében is.⁶⁰ A Sv. Kt. 12. szakasza szabályozza a törvény által előírányzott *kötelező formát*, ami *kivételt* képez a formszabadság alól. E rendelkezés értelmében, ha a törvény valamely szerződés létrejöttéhez kötelező írásbeli formát követel meg, e forma szükségessége a szerződés bárminemű *módosításához* is. A 13. szakasz (1) bekezdése értelmében, a törvény által előírt kötelező írásbeli forma esetén érvényükhöz szükséges a szerződő felek aláírása. A 7. szakasz 2. bekezdése szerint, amennyiben az ajánló árjegyzékkel rendelkezik, ennek a pusztá fennállása nem kötelez és egymagában nem jelent szerződési ajánlatot.⁶¹ A 25-31. szakaszok szabályozzák a szabad akaratnyilvánítás követelményét, valamint a tévedés, a megtévesztés és a kényszerhatás megtámadási jogkövetkezményeit,

a 34-35. szakaszok pedig a szerződés jóváhagyását a részlegesen cselekvőképtelen személyek jogügyleti nyilatkozatainak hatályosítására nézve.⁶²

Az alapvetően ma is változatlan normák kapcsán továbbra is időszerűnek tűnnek Theo Guhl korábbi (1980) álláspontjának megállapításai. Guhl úgy értékeli, hogy a szerződési szabadság központi normája a Sv. Kt. 20. szakasza. Megállapítja, hogy a kötelelem, amelynek lehetetlen, jogellenes, vagy a jószokásokat sértő tartalma van, semmis.⁶³ Az ilyen szerződés jogkövetkezménye az abszolút semmisség, amelyre *mindenki hivatkozhat*, és amely senkivel szemben nem vált ki hatályt. A semmisségre hivatkozó *megállapítási keresettel* lép fel (Feststellungsklage).⁶⁴ Annál inkább, mert a semmisség *ex lege* és *ex tunc* hatályú, amit a bírósági ítélet, a kereseti kérelem kapcsán, utólag megállapít. Amennyiben a hiányosság a több szolgáltatás közül egyre, azaz a szerződés egy részére vonatkozik, csupán e rendelkezések semmisek, kivéve, ha a szerződő felek e rendelkezések hiányában a szerződést nem kötötték volna meg (*részleges semmisség*).⁶⁵

A Sv. Kt. rendelkezéseinek alapján az elmélet megkülönbözteti a jogilag nem engedélyezett, vagyis *jogellenes szerződéseket* a *jószokásellenes szerződésektől*. a) **Tilos szerződések.** Tilos szerződésekről akkor van szó, ha a szolgáltatás *tilos*, különösen pedig, ha *büntető* magatartásban nyilvánul meg. Senki sem kötelezhető jogérvényes szerződéssel arra, hogy deliktumot kövessen el. Az ilyen szerződés semmis. Tehát a kényszerítő jellegű konkrét jogszabályok ellenében megkötött szerződések nem váltanak ki kötelmi joghatályt. A bírói gyakorlatban ilyen érvénytelen szerződési rendelkezések a meghatalmazás felmondási lehetőségéről szóló lemondás,⁶⁶ a kötelmi szerződés kötelezettje kártérítési felelősségéről való lemondás szándékos, vagy súlyos gondatlansággal okozott kár esetére,⁶⁷ a (tartalmukban egyébként imperatív jellegű) elévülési határidők módosítására irányuló megállapodás.⁶⁸ b) **Jószokásellenes szerződések.** E fogalom alatt a jogalkalmazás különböző tényállásokat ért. Jószokásellenesek a bordélyokkal kapcsolatos jogügyletek,⁶⁹ a kenőpénzekről szóló megállapodások.⁷⁰ Jószokásellenes a szerződési bírság (*stipulatio poene*) kikötése szerződési ígéretek teljesítésének biztosítéka céljából.⁷¹

Jószokásellenesek azok a szerződési rendelkezések is, amelyek által az egyik szerződő fél szolgáltatása mérték, tartalom és tartam tekintetében a kötelezett személyes és gazdasági szabadságát szembetűnően, mértéktelenül korlátozza. Ilyen pl. adott dolog meghatalmazás alapján megbízott kezelője és a megbízó lánya közötti megállapodás, amely szerint a megbízott a megbízó lányának jóváhagyása nélkül, a megbízó vagyonával nem rendelkezhet.⁷² Jószokásellenesek azok a szerződések is, amelyek ellentétben állnak a c) *jóerkölccsel*. Ilyen megállapodás pl. a házasságbontásba való beleegyezés, meghatározott ellenérték fizetésének feltételével,⁷³ vagy az ún. hallgatáspénz (gyakorlatilag egyfajta zsarolás), amikor valaki a bűncselekmény elkövetőjének pénzfizetés teljesítésének feltételével ígéretet tesz, hogy az általa ismert bűncselekményt nem fogja feljelenteni.⁷⁴

e) *A hatályos, 1989. után többször módosított magyar Ptk. (1959. évi IV. törvény a magyar Polgári törvénykönyvről) és a szerződési szabadság.* A hatályos magyar Ptk. XVI. fejezetének általános szabályai bevezető rendelkezése, mely a pacta sunt servandából indul ki, a 198. szakasz (1) bekezdésében rögzíti, hogy a szerződésből kötelezettség keletkezik a szolgáltatás teljesítésére és jogosultság a szolgáltatás követelésére. A (2) bekezdés szerint pedig „jogszabály a szerződés kötését kötelezővé teheti.” A (3) bekezdés szerint (horribile dictu) „szolgáltatásra irányuló kötelezettség és jogosultság jogszabályból vagy hatósági rendelkezésből szerződéskötés nélkül is keletkezhet, ha a jogszabály vagy törvényes jogkörében eljáró hatóság így rendelkezik, és a kötelezettet, a jogosultat és a szolgáltatást kellő pontossággal meghatározza. Ebben az esetben – jogszabály vagy hatóság eltérő rendelkezése hiányában – a szerződésre vonatkozó szabályokat kell megfelelően alkalmazni.” Természetesen, szó sincs arról, hogy jogszabály a szerződés kötését nem teheti kötelezővé. Csupán arról van szó, hogy a bevezető rendelkezésben szükséges, hogy először a főszabály (a szerződési szabadság) és csak utána, a kivétel, a szerződéskötési kötelezettség, vagy a szerződési szabadság korlátozása, nyerjen szabályozást.

Ezzel összhangban kellene előtérbe hozni a Ptk. 201. (1) szakasz (1) bekezdését, mely szerint „a szerződés tartalmát a felek szabadon állapíthatják meg” és „a szerződésekre vonatkozó rendelkezésektől

egyező akarattal eltérhetnek, ha jogszabály az eltérést nem tiltja”. (A polgári jogi normáknak *diszpozitivitásra* vonatkozó szabálya). E rendelkezés változatlanul, jogosan kerülhetne a 198. paragrafus helyébe, a 198. paragrafus jelenlegi tartalma nézetem szerint, minden veszteség nélkül, nyugodt lélekkel törölhető. (Talán maradhatna a 206. paragrafus rendelkezései, mint a szerződéskötési kötelezettség szabályai, mint kivétel a szerződési szabadság alól). A 201. szakasz (2) bekezdése fontos, ezt követő, jó megfogalmazás, hiszen megállapítja, hogy „*semmis az a szerződés, mely (azt kellene beiktatni, kényszerítő) jogszabályba ütközik*, vagy amelyet jogszabály megkerülésével kötöttek, kivéve ha ahhoz jogszabály más jogkövetkezményt fűz.” Külön (3) bekezdésbe kellene iktatni a jelenleg csupán mondatvégi ponttal elválasztott következő mondatot: „Semmis a szerződés akkor is, ha nyilvánvalóan a *jóerkölcsbe* ütközik.” Ebben csupán a „nyilvánvalóan” szót kellene törölni, mert e szó jelentése nem értelmezhető. Ugyanis egy jogügylet vagy jóerkölcsellenes, vagy nem, ez nyilvánvaló. Fenti jogösszehasonlítási elemzésünk azt mutatja, hogy nem szokásos a „jóerkölcs” szintagmája, inkább elfogadott, ennek helyében a „*kényszerítő jogszabályok, a közrend és a jószokások*” hármasa. Láttuk a svájci Kt. elemzéséből, hogy az ottani doktrína, ugyanúgy az osztrák elmélet, a jószokások alatt az erkölcsellenes szerződéseket is tiltja. Az *erkölcs* értékrendet, értékítéletet tartalmazó mérce, tehát *nem lehet jóerkölcs*, csupán erkölcs. Ezzel szemben a *szokások* íratlan, általánosan elfogadott normák, melyeket hosszabb idő alatt alakítanak ki, azonos helyzetekben való azonos magatartáskövetelménnyel. A „jó” jelző azért szükséges, mert *vannak olyan szokások is, amelyek általánosan nem elfogadottak*. A szokások lehetnek speciálisak, pl. egyes szakmai területeken alakulhatnak ki (üzleti jószokások), ezzel szemben az erkölcsi értékítéletek rendszerint általánosak (jó-rossz fogalma, stb).

Helyeselhető a Ptk. 199. paragrafusának megoldása, mely szerint, a jogösszehasonlításban elfogadott módon, az *egyoldalú akaratnyilatkozat* csupán kivételesen, a törvényben megállapított esetekben (pl. végrendelet, díjkitűzés), hoz létre kötelmet.

A 201. paragrafus (2) bekezdése (laesio enormis – a visszterhes szerződéseknél a *szolgáltatások feltűnő aránytalansága*) és a 202.

paragrafus (*uzsorás szerződés*)⁷⁵ alapos elemzés és ártértékelés kérdése, hiszen a két jogintézmény csupán rudimentárisan szabályozott. A *laesio enormis*nál ki kellene zárni a kereskedelmi szerződésekre való alkalmazást, a nyilvános versenytárgyaláson való eladás megtámadásának lehetőségét. A polgári jogi szerződésekre nézve pedig el kellene fogadni a szubjektív koncepciót, tehát a sérelmezett csak akkor hivatkozhat a *laesio*ra, ha a szolgáltatások valós piaci értéke tekintetében tévedésben volt. Az *uzsoránál* pontosítani kellene a „másik fél helyzete kihasználásának” szintagmáját, hasonlóképpen, mint azt az Mtj. teszi, vagy a hagyományos Ptk-k, melyek e jogintézményt szabályozzák (Svájci Kt., OÁPtk). Ilyen pontosítást jelentene „a másik szerződő fél szorult helyzete, függősége, tudatlansága, könnyelműsége kihasználásával elért, a kihasznált fél rovására és az *uzsorás* javára kikötött feltűnően aránytalan szolgáltatás.” Szükséges volna az általános semmisségi jogszabályoktól (234. paragrafus) eltérő, szokásos érvénybentartási szankció, amelyben a kihasznált fél javasolja szolgáltatásának csökkentését, kigyenlítését.

Problematisztus a Ptk. 205. § (4) bekezdése, mely a szerződés megkötésénél a feleket ún. *együttműködésre* kötelezi. Szerintünk elegendő az alapelvi (4. § (1) bekezdés szerinti) rendelkezés, mely megköveteli a jóhiszemű és tisztességes magatartást, a polgári jogviszonyok egészére nézve, így a szerződéskötési tárgyalásokat (*culpa in contrahendo*) illetően is. A visszterhes szerződéseknel a szerződéskötési tárgyalás során a felek között természetszerűen érdekellentét áll fenn: az egyik fél, az eladó, magas árat kér, a vevő alacsonyat. A szerződéskötési tárgyalás arról szól, hogy valahogy megegyezzenek. Az „*együttműködés*” érdekellentét fennforgása esetében értelmezhetetlen. (Sarkítva: Egyezzen bele az eladó az „alacsony árba” is, vagy a vevő a „magas árba” – együttműködés fejében? Ha egyik sem egyezik bele a másik ajánlatába, akkor nem működtek együtt, s ha így volna, ennek mi a szankciója? Helyes az, hogy jóhiszeműen tárgyaljanak, ha nem, beáll a *culpa in contrahendo* iránti felelősség. Egyébként senki sem kötelezhető együttműködési kötelezvény fejében, érdekével ellentétben álló szerződés megkötésére.) A kifejezés nem szokásos, nem véletlenül hiányzik a klasszikus polgári törvénykönyvekben, és nincs benne a

hagyományos magyar Ptk.-tervezetekben sem. Amikor a szerződés létrejött, akkor a felek a *pacta sunt servanda* elve alapján nem együttműködni kötelesek, hanem jóhiszeműen és tisztességesen cselekedni és maradéktalanul teljesíteni a kölcsönösen, szabad akarat és egyetértés alapján vállalt kötelezettségeket. Kivéve, ha beállnak a megváltozott, előre nem látható körülmények, melyek tartós szerződés esetén súlyosbítják az egyik szerződő fél helyzetét (Ptk. 241. §.). *Nota bene*, a hatályos – *clausula rebus sic stantibus* – rendelkezés, szerintem pontosítást igényel. Ugyanis, hiányolható benne a szokásos, „előre nem látható körülmény” szükséges szintagmája, nem tartalmazza továbbá azt, hogy ez a jogintézmény csupán a tartós és visszerthes szerződésekre érvényes, stb. A „jogos érdek” kifejezés sem értelmezhető, helyette inkább használatos, a szerződés teljesítésének elnehezülése, súlyosbodása (*l'imprevision*), hiányzik a szankció pontosítása és kiegészítése – a hatályos rendelkezés által szavatolt szerződésmódosítás mellett – a szerződés felbontásának lehetőségével, stb.

Az *általános szerződési feltételekre* vonatkozó rendelkezések, (Ptk. 205. § (3), 209. § (1), (2), (3), 209/B. § (1-6), 209/C. §, 209/D. §, 205. § (5), az 1997. évi CXLXI. törvénnyel beiktatva) úgy tűnik helyes megoldásokat tartalmaznak, oltalmazzák a sérelmezett felet, amennyiben az általános szerződési feltétel, melyet az egyik fél egyoldalúan szabott meg, tisztességtelen és ellentétes a versenyszabályokkal.

Átértékelhetők a *szabad akaratnyilvánítással* (tévedés, megtévesztés, kényszerhatás) kapcsolatos rendelkezések (Ptk. 210. § (1), (2), (3), (4), (5), melyek hiányosak, pl. a megtámadási határidő mellőzött a jogintézménynél, ahol ezt elő kellene irányozni és ennek céljából át kellene emelni a XXI. Fejezetből (Ptk. 235. § (1), (2), (3), (4) az erre vonatkozó rendelkezéseket.

Úgy tűnik, hogy a *szerződés alakjára* vonatkozó rendelkezések (216-218. §, 212. §, 214. §, 215 §.) alapvetően jók, „megállják a helyüket”, hiszen meghirdetik a formaszabadságot és kivételként írják elő a kötelező formát. Helyes lenne áttekinteni az Iny.-t (Ingatlan-nyilvántartási törvény, 1997), valamint a közjegyzői eljárásra vonatkozó köz- és magánokirati formák kapcsolatát, pontosabban azt, hogy ezen külön törvényekből mit kellene a forma te-

kintetében bevenni a Ptk-ba és mit nem. Akár külön törvényekben is, a szerződéses formarendelkezéseket másként kellene rendezni, a Ptk. formarendelkezéseinek (forma ad solemnitatem et probationem distingválási vonalon meghatározva) fényében.⁷⁶

3. A) A szerződési szabadság fogalommeghatározása és tartalmi jegyei általában.

A szerződési szabadság általánosan elfogadott fogalom-meghatározása azt jelenti, hogy a szerződés megkötése a szerződő fél szabad akaratelhatározásától függ.

Az egyén, a szerződő fél főszabály szerint szabadon dönthet arról, hogy egyáltalán *köt-e* valamilyen szerződést, *kivel* köti meg a szerződést, mely *szerződéstípust* választja, milyen *tartalommal*,⁷⁷ mely *tárggyal*, szolgáltatással, mely *jogcímmel* kapcsolatban és milyen *formában*.⁷⁸ Ehhez tartozik a szerződés *módosításának* és *megszüntetésének* szabadsága, természetesen a felek akarat-egyetértése alapján. Idetartozik a szerződési felelősségi klauzulák kikötésének szabadsága (pl. késedelem esetén a szerződési bírság). A felelősségi klauzulák előíranyozhatják az ún absztrakt kártérítést (késedelem, nemteljesítés, vagy nem szerződésszerű teljesítés esetére). Általában azonban a nem szerződésszerű teljesítés, vagy nemteljesítés esetére előírányzott felelősségi klauzulák nem mentesítik az adóst a primáris, szerződési főkötelezettség alól. Kivételt képez a bánatpénz kikötése.

A szerződési szabadság elsősorban a *kötelmi szerződésekre* vonatkozik, melyeknek célja általában az áru, a szolgáltatások, a tőke és a személyek szabad áramlása, azaz a személyi szükségletek kielégítése.

A kötelmi szerződések közül kiválnak, mint sajátosak, a *vállalkozói szférában nyereségszerzésre irányuló szerződések*, melyek egy vállalkozó lajstromoztatott üzleti tevékenységének keretében jönnek létre (*kereskedelmi szerződések*), azoktól a szerződésektől, amelyeket a személyi szükségletek fedezése, kielégítése céljából kötnek meg (szűkebb értelemben vett *polgári jogi szerződések*). Az első területre érvényes a *szerződési*, a másodikra a *vállalkozói szabadság*. A vállalkozói szférában a verseny korlátozása a *lojális konkurencia* (tisztességes verseny) követelménye és az *antimono-*

polisztikus törvényhozás útján érvényesül. Az antimonopolisztikus törvényhozás a vállalkozói verseny (konkurencia) biztosítása mellett *tiltja* mind a munka, mind a tőke oldalán a *kartellszerződéseket*.⁷⁹ Ezek a szerződések ugyanis „egy kézben” tartják, monopolizálják az adott termelési, vagy munkavállalói ágazatot és ily módon kiiktatják a piacgazdálkodás elengedhetetlen feltételét, a versenyt. Európában különösen a hetvenes évektől kezdődően, a munkavállalói és munkadói érdekek, vállalkozási szinten, a *kollektív szerződések* útján nyernek egyeztetést. Ezek célja a minimális bér meghatározása (Tarifvertrag). A munkaviszonyok területén az *egyedi munkaszerződés* (a munkáltató és a munkavállaló szerződése) tartalmát a kollektív szerződés (a munkaadó és a munkavállalói érdekvédelem képviselőinek szerződése) korlátozza. A kollektív szerződésben meghatározott *minimális bér* kötelezi a munkáltatót az egyedi munkaszerződés megkötésénél. Az európai országokban az egyedi munkaszerződésben, a kollektív szerződésben szavatolthoz képest kisebb bér kikötésénél a különbség bíróilag érvényesíthető. A szerződési szabadság a kollektív szerződések esetén a kollektív szerződésekben egyeztetett minimális bérrel korlátozott. A *polgári jogi szerződés* esetén a szerződési szabadság általában a *közrend, a kényszerítő jogszabályok és a jószokások (jóerkölcs) generálklauzáival* korlátozott. A *családi jog* és az öröklési jog területén létrejövő szerződéseknél (házasság, házassági vagyoni jogi szerződés, örökbefogadás, élethossziglani eltartási szerződés) jellemzőbbek a szerződési szabadság korlátozásai, mint a kötelmi szerződések esetén, mégpedig a család, a szülői és gyermeki viszony, a törvényes örökösök fokozott, nemcsak egyéni, hanem közérdekű oltalma érdekében.

Érvényes szerződést csak *cselekvőképes* (természetes) személy köthet meg, vagy 14 évnél idősebb korlátozottan cselekvőképes kiskorú, a törvényes képviselő beleegyezésével vagy utólagos jóváhagyásával.⁸⁰ A vállalkozások (társaságok) és egyéb *jogi személyek* nevében és javára a jognyilatkozatot a törvény (Gt., vagy más törvényi jogszabály), vagy az alapítói szerződés rendelkezése alapján felhatalmazott képviselő teszi meg. Jogügyleti nyilatkozatokat azonban cselekvőképes természetes személy, megbízás, vagy törvényes felhatalmazás, továbbá vállalkozói alapítói szerződés alapján, a jogi

személy helyett, a megbízó javára vagy terhére, a megbízás kereteiben, a megbízott is tehet.

A szerződési szabadság nem képzelhető el a *polgári jogi normák*, így a szerződési jog általános és különös része rendelkezéseinek *diszpozitivitása* nélkül. A szerződő felek ugyanis ennek alapján eltérhetnek a polgári jogi kódexben, vagy a kódexen kívüli különleges polgári törvényhozásban előírányzott normáktól.⁸¹

4. A szerződéskötési szabadság

A szerződéskötési szabadság azt jelenti a polgári jogi doktrína általánosan elfogadott álláspontja alapján, hogy főszabály szerint nincs szerződéskötési kényszer. **Szerződéskötési kényszer**, mint általános szabály a magyar jogban pl. a rendszerváltás előtti, ún. kötelező tervutasításos rendszerben volt és 1968-ig volt jellemző. Magyarországon az 1977. évi további liberalizáció ellenére hatályban maradt az 1950 utáni térítés nélküli államosítás alapján létrejövő, állami tulajdonon alapuló tervgazdálkodás, egészen a rendszerváltásig (1988/89). A termelői és a fogyasztói jogviszonyt, annak tartalmát alapvetően a terv határozta meg, kötelező szerződés csupán jóváhagyta, megerősítette ezt. A rendszerváltás eredményeképpen megfelelő alkotmánymódosítások révén, melyek egyenrangúsították a köz- és magántulajdont, 1996-ig a privatizációs és kárpótlási törvények alapján⁸² az állam kivonult a gazdasági szférában korábban fennálló monopolisztikus tulajdonából, létrejött a magánvállalatokon alapuló piacgazdálkodás. A vállalkozói szférában az 1988. évi, majd 1997. - ben módosított gazdasági társaságokról szóló törvény, valamint az 1989. jan. elsejétől többször, a rendszerváltást fokról-fokra érvényesítő, módosított Alkotmány,⁸³ érvényre juttatják a *vállalkozói szabadságot*. A törvényen alapuló privatizáció útján létrejövő magántulajdon szavatolásával és a vállalkozói szabadság elfogadásával létrejön a működő piacgazdálkodás, melynek alapvető intézménye a szabadon megkötött szerződés. A szerződéskötési kényszer ezek után a magyar jogban, mint más jogrendszerben, kivétel a főszabály alól és csupán a jogösszehasonlításban szokásos tényállásokra írja elő a törvény (pl. gépjárművezető kötelező felelősségbiztosítása baleseti kockázat megvalósulásának esetére).⁸⁴ A szerződési kötelezettség mint kivétel

előíranyozható a magyar jogban úgy, mint más jogrendszerekben, *törvényi rendelkezés*⁸⁵, valamint a felek *előszerződése*⁸⁶ alapján is.

5. A szerződési szabadság azt is jelenti, hogy *nincs típuskényszer*, a felek szabadon választhatnak a törvényben *nevesített* szerződések köréből, köthetnek azonban vegyes szerződést is, tehát több nevesített szerződést egybe vonhatnak (negotium mixtum).⁸⁷ Ilyen pl. a magyar jogban *nevesítetlen*, a külföldi jogokban ismert panziószerződés, mely egyaránt tartalmazza az adásvétel és a lakásbérlet elemeit. Ugyanakkor létrehozhatnak a törvényben nem szabályozott (nevesítetlen) szerződést is.

6. A *formasabadság* azt jelenti, hogy a szerződő felek a szerződést egyszerű akaratmegegyezés, szóbeli megállapodás alapján köthetik meg. A magyar Ptk. a szerződés alakjára vonatkozó előírása szerint: „(1) Szerződést jogszabály ellenkező rendelkezése hiányában akár szóban, akár írásban meg lehet kötni.”⁸⁸ Csupán a főszabály kivételeként jelenik meg a formakötelezettség, amit törvény külön kényszerítő rendelkezésében írhat elő. A magyar Ptk. erre vonatkozó rendelkezésének értelmében „(1) Jogszabály a szerződésre meghatározott alakot szabhat. Az alakiség megsértésével kötött szerződés – ha jogszabály másként nem rendelkezik – semmis.”⁸⁹ Ennek alapján mondható el, hogy a magyar jogban külön, törvénnyel előírt alakhiányában a szerződés a felek egyszerű szóbeli megállapodása alapján hozható létre. A formakényszer a felek konszenzuális szerződéstípusra nézve előszerződésükben⁹⁰ is előíranyozhatják. A Ptk. rendelkezése szerint a felek által kikötött alak csak akkor feltétele a szerződés érvényességének, ha kifejezetten ebben állapodtak meg. Ilyen esetben a teljesítésnek vagy egy részének elfogadásával a szerződés akkor is érvényessé válik, ha az alakiságot mellőzték.⁹¹ A szerződés jogkeletkeztető eleme rendszerint az egyszerű akaratmegegyezés, formakényszer esetén azonban a jogkeletkeztető tényező a törvényben megszabott alakhiány teljesítése (forma ad solemnitatem). A *konszenzuális elv* szerint létrejövő szerződések esetén is, utólagosan, a szerződést létrehozó akaratmegegyezést követően, a felek a szerződésről kiállíthatnak írásbeli formát, ám ennek nincs konstitutív, jogkeletkeztető hatálya, s csupán a szerződés létrejvetelét és feleinek azonosságát bizonyítja, tartalmát pedig relatív

bizonyító hatállyal (*forma ad probationem*). Az utólagos írásbeli forma a konszenzuális szerződésnél lehet azonban szerződésmódosítási megállapodás is, de ehhez szükséges, hogy a felek kifejezetten rendelkezzenek arról, hogy írásbeli szerződésükben módosítják a szóban megkötött szerződést. A *formalizmus elve* alapján kiállított lényeges, jogkeletkeztető alaki kellék azonban rendszerint abszolút bizonyító hatályt vált ki a szerződés lényeges elemeit illetően. A mellékes kikötések tekintetében (pl. teljesítési határidő, teljesítés módja, helye) a konstitutív formánál rendszerint utólagos szóbeli megállapodás útján módosítható, ennél fogva a lényeges, konstitutív (írásbeli) formában foglalt mellékes kikötésekről szóló szerződési klauzulák bizonyító ereje csupán relatív, más bizonyítási eszközzel (tanúk, felek nyilatkozata), bizonyítható az írásos formába foglaltaktól eltérő tartalom.

7. A szerződés *tartalma* szabad meghatározásának elve azt jelenti, hogy főszabály szerint a felek maguk határozzák meg kölcsönös jogaikat és kötelezettségeiket, a Ptk. alapján a szerződés tartalmát a felek szabadon határozzák meg. Ugyanakkor a szerződésekre vonatkozó rendelkezésektől egyező akarattal eltérhetnek.⁹² A magyar Ptk. szerint azonban jogszabály meghatározhatja a szerződés egyes elemeit és kimondhatja, hogy ezek a szerződésnek akkor is részei, ha a felek eltérően rendelkeznek.⁹³ A kötelmi szerződésekre jellemző a *visszterhesség* (pl. adásvétel, bérlet). A felek azonban *ingyenes* szerződéseket is köthetnek (ajándékozás, kamatmentes kölcsön, ingyenes letét). A legtöbb jogrendszerben a kereskedelmi szerződésekre nézve fennáll a visszterhesség vételeme, de vannak jogrendszerek, amilyen a magyar jog is, melyek a visszterhesség vélelmét kiterjesztik a nem kereskedelmi, polgári jogi szerződésekre is, melyek szerint a szerződés ingyenes jellegére, különösen, ha nem a törvényben nevesített ingyenes szerződésről van szó, kifejezetten utalni kell.⁹⁴ A szerződés tartalmának szabad és felek egyetértése alapján történő meghatározása gyakran korlátozott, vagy *törvényi szabályozás révén* (pl. a társasági jogban, a társasági szerződés kötelező elemeinek meghatározása útján), vagy azáltal, hogy az *egyik szerződő fél előre meghatározza a szerződés tartalmát, feltételeit* (általános üzletkötési feltételek),⁹⁵ vagy azáltal, hogy a szerződés tartalmát harmadik személy előre

meghatározza (ún. blankettaszerződések). A szerződés tartalmát a visszerthes szerződéseknél befolyásolják az *értékegyenlőségi elv* oltalmát szolgáló jogintézmények (felén túli sérelem, vagy a szolgáltatások feltűnő aránytalansága – *laesio enormis et ultra dimidium pars*,⁹⁶ az uzsoratilalom,⁹⁷ a megváltozott körülmények – *clausula rebus sic stantibus*,⁹⁸ a kellék- és jogszavatosság⁹⁹). A *pénzbeli kötelemeke*t tartalmazó tartós szerződéseknél pedig a pénz nominális és valós értékének, vagyis vásárló erejének megőrzése céljából irányozza elő a törvény az *értékmegőrző szerződési klauzulák* kikötésének lehetőségét (valutaklauzula, aranyklauzula, árindeks-klauzula). A szerződés tartalmával kapcsolatos törvényi korlátozások néha csupán az egyik felet érintik, de előfordul, hogy mindkét felet. Az egyoldalú korlátozások jellemzőek az ún. oltalmi jogszabályoknál, melyeknek célja, hogy a fogyasztó érdekeit biztosítsák, – ilyenek pl. a gyógyszergyártó, azaz az eladó *tájékoztatási* kötelezettsége. Ugyanakkor a műszaki áru esetén kötelező a *használati utasítás*, amely mindkét fél érdekét szolgálja, továbbá a műszaki áru működőképessége iránti *jótállás*, és az adásvétellel egyidőben megkötendő *járadékos jótállási szerződés*.

8. A szerződés *tárgya* csupán *forgalomképes* dolog vagy szolgáltatás lehet (*rei in commertium*). A természet, vagy ember alkotta *közjavak*, rendszerint *általános használatban* vannak és ezeknek nem gazdasági jellegű közlekedési (pl. közterek, közutakon történő gyalogközlekedés), egzisztenciális (pl. egyszerű ivóvízhasználat) rendeltetésű igénybevétele közvetlenül a törvény alapján ügyintézési engedély, vagy jogügyleti közvetítés, mindenki által hozzáférhetően, csupán mások azonos jogával korlátozva, rendszerint térítés nélkül történik. A közjavak gazdasági rendeltetésű használata (pl. bányakincsek, termálvizek, stb.), a *különleges használat*, csupán adminisztratív koncesszió és térítéses koncessziós szerződés alapján valósítható meg, mely a köztulajdon képviselője (állam, önkormányzat) és a hasznosító között jön létre miközben a térítés kötelezettje a felhasználó, jogosultja pedig az állam vagy önkormányzat attól függően, milyen jellegű köztulajdonról van szó. Számos tevékenység megvalósítása, különösen, ha a környezetre fokozott veszéllyel jár, (a magyar jogban is) előzetes környezetvédelmi hatástanulmány és engedélyezés feltételével valósulhat meg.

A magyar Ptk. szerint jogszabály meghatározhatja a szerződés egyes tartalmi elemeit, és kimondhatja hogy ezek a szerződésnek akkor is részei, ha a felek eltérően rendelkeznek¹⁰⁰, továbbá hatósági ár megállapítására külön törvény szerint kerülhet sor.¹⁰¹ A Ptk. szerint „A szerződésben kikötött szolgáltatás valamely dolog adására, tevékenységre, tevékenységtől való tartózkodásra vagy más magatartásra irányulhat. A lehetetlen szolgáltatásra irányuló szerződés semmis.”¹⁰² A szerződés hatályának beállta a szerződő felek által kikötött feltételtől, vagy időhatározástól függhet, amikor is a hatály beálltát (halasztó feltétel), vagy megszűnését (bontó feltétel) valamely jövőbeni, bizonytalan, felek által nem befolyásolható esemény bekövetkeztétől tették függővé.¹⁰³

A szerződő felek a szerződés tárgyaként több szolgáltatást is kiköthetnek, többek között úgy is, hogy a szolgáltatások közül a kötelezett csupán egyikkel tartozik, amely a több közül a kötelezett által választható (*vagylagos szolgáltatás*). Ha a kötelezett a teljesítési határidő elmúltával nem él választási jogával, e jog a jogosultra száll. A felek azt is kiköthetik, hogy a választás joga eredendően a jogosulté.¹⁰⁴

A Ptk. *pénztartozásról* szóló rendelkezései szerint¹⁰⁵ pénztartozást – ellenkező kikötés hiányában – a teljesítés helyén érvényben levő pénznemben kell megfizetni.¹⁰⁶ Más pénznemben vagy aranyban meghatározott tartozást a fizetés helyén és idején érvényben levő árfolyam (ár) alapulvételével kell átszámolni¹⁰⁷ (*valuta- és aranyklauzula*). A kamatszolgáltatási rendelkezések szerint a pénzbeli kötelemknél (főleg a kereskedelmi szerződéseknél) vélelmezett a *kamatszolgáltatás* kötelezettsége. Ugyanis a Ptk. 232 paragrafusának (1) bekezdése szerint „a szerződéses kapcsolatokban – ha jogszabály kivételt nem tesz – kamat jár.” Azonban „a magánszemélyek egymás közötti szerződési viszonyában kamat csak kikötés esetében jár.” A (2) bekezdés szerint a kamat mértéke – ha jogszabály kivételt nem tesz – megegyezik a jegybanki alapkamattal. A fizetendő kamat számításakor az érintett naptári félévet megelőző utolsó napon érvényes jegybanki alapkamat irányadó az adott naptári félév teljes idejére.” A (3) bekezdés szerint „a felek által túlzott mértékben megállapított kamatot a bíróság mérsékelheti”.¹⁰⁸

9. A szerződés *jogcíme* (causa) nem minden jogrendszerben

feltételezi, azaz korlátozza a szerződés létrejövetelét és érvényét. A magyar, a német és az osztrák polgári törvénykönyvek az antikauzalista elméletet fogadták el. Ezzel szemben a francia Code civil a kauzalista elv mellett száll síkra (Henri Capitant), mely szerint minden szerződésnek megengedett közvetlen jogi célja kell legyen (pl. a vevő jogi célja adásvételnél a tulajdon megszerzésének lehetősége, ami nem áll fenn forgalmi moratórium esetén). Kivételesen jelentőséggel bír a belső (lélektani értelemben vett) indíték, pl. az ajándékozásnál (intentio liberalis, animus donandi – ajándékozási szándék).

10. A szerződési szabadságot befolyásolja a szerződési jogügylet sajátos jellege is, amely abban mutatkozik meg, hogy a szerződés *két egybehangzó, másik félhez címzett jogügyleti nyilatkozat (ajánlat és elfogadás)* eredménye. A szerződés **kétoldalú jogügylet**, annak alapján, hogy két befolyásmentes akaratnyilatkozat hozza létre.¹⁰⁹ A szerződés alapja, kiinduló elve az egyén magánautonómiája, szabad elhatározása arról, hogy köt-e szerződést, kivel köt szerződést és milyen tartalommal. Mivel a szerződés kétoldalú jogügylet, ilyen magánautonómiával a másik fél is rendelkezik, ugyanezekkel a választási lehetőségekkel. Ezek szerint **a szerződés megkötése és tartalma a másik fél akaratától is függ.** Általában a szerződéskötési tárgyalás folyamán *érdekellentét* áll fenn. Az adásvételnél az eladó minél magasabb árat kínál, a vevő pedig minél alacsonyabbat. Végülis a felek megállapodnak egy középárban.¹¹⁰ Ezek szerint a szerződéskötés stádiumában a szerződő felek érdekeinek egyeztetése alapján történik a szerződés megkötése. Az *egyoldalú jogügyletek esetén*, melyek egyoldalú akaratnyilatkozat alapján jönnek létre (pl. díjkitűzés, végrendelet), és a *kedvezményezett elfogadása nélkül is kiváltják jogügyleti hatályukat*, a jogügyleti nyilatkozatot *nem befolyásolja a másik fél akarata*, csupán az esetleges törvényi korlátozás (mint pl. kötelesrész tiszteletben tartásának kötelezettsége a végrendeletnél), vagy az egyoldalúan adott jogügyleti nyilatkozatban megszabott feltétel teljesítése (mint pl. a díjkitűzés esetén elvesztett dolog megtalálásáért ígért jutalom).¹¹¹

11. B) A szerződési szabadság megsértésének jogkövetkezményei. Lényeges, hogy a szerződési akaratnyilatkozatok

befolyásmentesek legyenek, tehát, hogy a felek azokat szabadon tegyék meg. Ugyanis az akarathibás szerződések, – akkor is, ha tudatosak, akkor is, ha nem tudatosak, mint amilyen a *tévedéssel*, *megettévesztéssel* vagy *kényszerhatással* korlátozott akaratnyilatkozatok alapján megkötött szerződések – **megtámadhatók** és ennek alapján érvénytelenek.¹¹² A megtámadás jogosultja az *akarathibát* szenvedő fél. Mivel magánérdeksérelemről van szó, a megtámadási határidő elteltével, megtámadás hiányában, a megtámadható szerződés érvényessé válik, *konvalidálódik*. Eredményes megtámadás esetén a bíró ex tunc hatállyal semmisíti meg a szerződést, helyreállítván a szerződés előtti állapotot, rendszerint meghagyván a szolgáltatások gyümölcseit, kezdve a szerződés megkötésétől a szerződés semmissé nyilvánításáig.

A közrend és a jószokásellenes szerződések esetén azonban a rendszerint elfogadott jogkövetkezmény a **semmisség**, mivel ezek a szerződések közérdeket sértenek. A semmisségi jogkövetkezmény ex tunc hatályú. Alapkövetkezmény *az előző helyzet helyreállítása*, rosszhiszeműség esetén pedig a jóhiszemű fél kárának megtérítése, melyre a rosszhiszemű fél kötelezett.¹¹³ A magyar Ptk. hatályos rendelkezése még mindig megtartotta a közcélra történő marasztalás intézményét, vagyis azt a jogszabályt, mely szerint a rosszhiszemű féllel szemben megtagadható szolgáltatásának helyreállítása és e szolgáltatás *az állam javára marasztalható*.¹¹⁴ E rendelkezést a bírósági gyakorlat csupán elvértve alkalmazza, az újabb magyar jogirodalom méltán vette kritikai górcső alá, hiszen e szankció ellentétben áll a polgári jog restitució elvével és azzal, hogy a polgári jognak elvben nincs pönális rendeltetése, ez a büntetőjog „dolga.” Vagyonek kobzást maga a büntetőjog is csupán kivételesen ír elő, vagyon ellenében elkövetett szigorúan körülírt bűncselekmények esetén.

Elvben semmisek a törvény kényszerítő jogszabályait *kerülő szerződések* (agere in fraudem legis), azaz a törvényi jogszabály céljával, rendeltetésével ellentétes, visszaélő szerződések, kivéve, ha a megkerült törvényi jogszabály mást nem ír elő (pl. a palástolt szerződés érvényben tartása tekintetében).¹¹⁵

A *törvényi tilalmakat megszegő szerződések is semmisek, azzal a sajátossággal*, hogy amennyiben a törvény sajátos jog-

következményt irányoz elő, a konkrét jogkövetkezmények eltérhetnek az általános semmisségi szabályoktól. Ilyen eset pl. az *uzsorás szerződés*, mely érvényben tartható, amennyiben az előnytelen kikötés méltányos kiegyenlítésére kerül sor, a kihasznált fél indítványozására. De ilyen eset a *színlelt szerződés* is, amelynél a színlelt szerződés semmis, a palástolt szerződés érvényben tartható, mivel az megfelel a szerződő felek valós akaratának. Természetesen alkalmazható a *részleges semmisség* jogkövetkezménye, ami azt jelenti, hogy a szerződés érvényben tartható a jogellenes klauzula megsemmisítésével. Egyébként a semmis szerződés csupán ún. *konverzió* alapján érvényesíthető, abban az esetben, ha a szerződés semmis (pl. semmis adásvétel a tárgy tilalma miatt), de a felek egy másik érvényes szerződéssé kívánják átalakítani a szerződést (pl. az adásvételt bérletté), kérelmezhető a bírói átalakítás, a jogok és a kötelezettségek megfelelő módosításával.

12. C) A szerződési szabadság általános és különös korlátai. A szerződési szabadságnak kétféle korlátozástípusa ismeretes. Az első az ún. általános, a második a különleges, egyes szerződési szabadságopciók mentén valósul meg. Az *általános* korlátozást a *közrend* és a *jószokások* (gute Sitten) generálklauzulája jelenti.¹¹⁶ Vannak jogrendek, ezek közé tartozik a hatályos magyar jog is, melyek az általános korlátok közé a *jóerkölcsöt* (boni mores, bonne moers) is besorolják.¹¹⁷ Különleges korlátozást pedig az *egyes kényszerítő jogszabályok* (tilos szerződések) útján írja elő a törvény. Az általános korlátozást elsősorban a polgári jogi kodifikáció írja elő, a különleges korlátozásokat, vagy maga a kodifikáció (pl. uzorás szerződés), vagy a különleges, kódexen kívüli törvények.

II. A szerződési szabadság jogi természete és forrása (alkotmányjogi szempont)

Vannak nézetek, amelyek szerint a szerződéskötési szabadság számos korlátozása miatt, szinte megkérdőjeleződik e szabadság valós tartalma.¹¹⁸

Ennek kapcsán merült fel a külföldi és a hazai jogirodalomban az a kérdés mi a szerződéskötési szabadság előzetes forrása, vajon alkotmányi alapjogok körébe sorolható-e, vagy sem. Ha alapjog, akkor csupán az alkotmány által előírt keretben korlátozható

törvényi rendelkezéssel, ha nem, általában a külön törvények e szabadságot, ha nem is tetszés, de szükség szerint korlátozhatják.

a) A **német jogirodalomban** és alkotmányi gyakorlatban két alapvető nézet alakult ki. Az első a **klasszikus elmélet**, (mely még az Alkotmány megalkotásának idején volt elfogadott álláspont) e szerint a szerződésalkotési szabadság nem tartozik az alkotmánnyal szavatolt alapjogok körébe. Ennek gyakorlati következménye az, hogy a külön törvények, amelyek e szabadságot esetenként korlátozzák, nem vitathatók alkotmányi összhang tekintetében. A törvény a közérdek figyelembevételével korlátozhatja a szerződési szabadságot anélkül, hogy eredményesen megkérdőjelezhető volna az alkotmánnyal való összhangja. Az alkotmányi alapjogoknak az a rendelkezése, hogy a polgárokat oltalmazza az államhatalom esetleges túlkapásaitól, a hatalommal való visszaéléstől és nem, hogy védjenek harmadik személy beavatkozásától állampolgárok egymás közötti jogi kapcsolataiban.¹¹⁹ A szerződés relatív szerkezetű jogviszony, így joghatást csak a felek között vált ki, s ezáltal nem érintheti az alapjogokat. Az újabb nézet szerint ez nem így van. A hatályos német alkotmány 3. szakasza ugyanis előírja a törvény előtti egyenrangúságot (a polgári jogi jogviszonyban). Ez az egyenrangúsági követelmény egyaránt kötelezi az államot és az egyént is. A klasszikus álláspont ellenében az **újabb nézet** kiemeli, hogy a magánjogban érvényesül a diszkrimináció-tilalom. Ezért alkotmányos elvet sért az a szerződés vagy előszerződés, mely a vételnél előnyt ad annak, akivel azonos politikai nézetet vall. E kritika alapján, a másik, újabb, az alkotmánybíróság által is alátámasztott állásfoglalás szerint, habár a szerződési szabadság nem tartozik az alapjogok körébe, mégis az alapjogokon nyugvó jogként minősíthető és ennek következményeként a különleges törvényhozás e szabadságot nem korlátozhatja egyszerű törvényhozói akarat alapján, azaz tetszés szerint. Az újabb álláspont szerint a szerződési szabadság alkotmánnyal szavatolt jogosultság és azt jelenti, hogy az egyén szabadon határoz arról, hogy vállal-e szerződési kötelezettséget, és ha igen, milyen tartalommal fogja a szerződést partnerével megkötöni. A szerződési szabadság a személyiség szabad kibontakozásának elvéből következik (a GG – Grundgesetz, a német alkotmány 2/1 szakaszából). E rendelkezést Brox-Walker véleménye szerint az

Alkotmány kényszerítő jellegű normaként irányozza elő. Ez azt jelenti, hogy e szabadság nemcsak programszerű ígérete az alkotmánynak, hanem a GG 1. szakasza III. bekezdése értelmében közvetlen jogként érvényes szabály, ami a törvényhozót is kötelezi. Ennek értelmében a törvényhozó csupán az Alkotmány 2/I szakasza feltételei szerint korlátozhatja a szerződési szabadságot. Az alkotmány e rendelkezése értelmében ugyanis mindenkinek jogában áll személyiségének szabad kifejezése, mindaddig, amíg ezzel mások jogát és az alkotmányos rendet (verfassungsmäßige Ordnung), vagy a jószokásokat (BGB 138. paragrafusa) nem sérti. Az Alkotmány alapjogi fejezetében olyan objektív értékrendszerre utal, mely a jogrend egészére kötelező. Az alapjogi értékmércék egyaránt érvényesek a generálklauzulákra (BGB 138., 242., 826. paragrafusai) és ezáltal közvetetten az egész a magánjogra, a magánszemélyek közötti jogviszonyokra is. Jogdogmatikai szempontból az alapjogoknak a magánjogi viszonyokra történő kiterjesztő hatálya, az alapjogok oltalmi rendeltetésével indokolható (Schutzgebotsfunktion der Grundrechte). A törvényhozót és a jogalkalmazót kötelezik az alapjogi rendelkezések és ezek alapján ők kötelesek intézkedéseket tenni azoknak a szerződési klauzuláknak és hatásoknak ellenében, amelyek sértik az alapjogokat. Ez különösen akkor áll fenn, ha hiányzik a szerződő felek (gazdasági) egyensúlya, azaz az egyik fél a másikkal szemben fölényben áll. Így pl. a szerződés semmis, amennyiben az a célja, hogy az egyik fél a másiknak eladja lelkiismereti szabadságát. Igaz, a szerződés nem az érintett alapjog (GG-Alkotmány 4/I szakaszában előírt rendelkezés) megszegéséből következik. E jogkövetkezmény inkább a BGB 138. paragrafusából következik, figyelemmel azonban az Alkotmány 4/I szakaszának értékrendjére. Ezek szerint az Alkotmány 2/I szakasza csupán arra az esetre engedélyezi a törvényhozónak, hogy az alkotmánnyal megerősített szerződési szabadságot korlátozza, ha 1) az alkotmánnyal megállapított jogrend oltalmáról van szó, 2) ha ez szükséges, mások azonos jogának oltalma, 3) és a jószokások oltalma céljából.¹²⁰

b) A **magyar jogban** szinte analóg módon merült fel a szerződési szabadság forrásának minősítése, az a kérdés, hogy az egyszerű és a Ptk-n kívüli külön törvény korlátozhatja-e a szerződési szabadságot

és az, hogy a szerződési jog az Alkotmány által szavatolt alapjogok körébe tartozik-e.

A magyar Alkotmánybíróság állásfoglalása szerint¹²¹ a szerződési szabadság nem alkotmányos alapjog, hanem önálló alkotmányos jog. Ennél fogva korlátozható „amennyiben a korlátozás végső eszközeként fennállnak az alkotmányos indokai.” Tehát a magyar Alkotmánybíróság nem tartja a szerződési szabadságot alkotmányos alapjognak, inkább önálló alkotmányos jognak, s ennél fogva a törvény indokolt és kivételes esetben korlátozhatja.

A magyar Alkotmány az alapjogok körében (XII. fejezet: Alapvető jogok és köteleességek),¹²² *kifejezetten nem tesz említést a szerződéskötési szabadságról.* Tehát az Alkotmány a szerződési szabadságot közvetlenül és szószerint nem emeli be az alapjogok körébe. A magyar Alkotmány is kifejezetten rendelkezik arról, hogy az alapvető jogokról és kötelezettségekről szóló rendelkezések nemcsak nyilatkozási szintű normák, hanem egyenesen *bírószági úton is érvényesíthetők*: „Az alapvető jogok megsértése miatt keletkezett igények, továbbá a kötelezettségek teljesítésével kapcsolatban hozott állami döntések elleni kifogások bíróság előtt érvényesíthetők.”¹²³ A Magyar Köztársaság Alkotmánya szerint „a Magyar Köztársaságban az alapvető jogokra és köteleességekre vonatkozó szabályokat *törvény* állapítja meg, *alapvető jog lényeges tartalmát azonban nem korlátozhatja.*”¹²⁴ Ugyanakkor a magyar Alkotmány rendelkezése szerint „a Magyar Köztársaság elismeri az ember *sértéhetetlen és elidegeníthetetlen alapvető jogait*, ezek tiszteletben tartása és védelme az állam elsőrendű kötelessége.”¹²⁵ A továbbiakban az alkotmány elismeri a magán- és köztulajdon egyenrangúságát és támogatja a vállalkozás jogát (1) „Magyarország gazdasága olyan *piacgazdaság*, amelyben a köztulajdon és a magántulajdon egyenjogú és egyenlő védelemben részesül.” (2) „A Magyar Köztársaság elismeri és támogatja a *vállalkozás jogát és a gazdasági verseny szabadságát.*”¹²⁶ Az alkotmány alapvető jognak tartja a vállalkozás szabadságát és a tulajdoni formák egyenrangúságát, ám a szerződési autonómiát nem tekinti nevesítetten alapjognak, ennél fogva a szerződési szabadság törvénnyel korlátozható. A szerződési szabadság azonban, minthogy az Alkotmánybíróság is kifejti, nem korlátozható bármely törvényi rendelkezéssel, csupán kivételesen. A ma-

gyar alkotmány ugyanis biztosítja a *tulajdonhoz való jogot*.¹²⁷ A tulajdonjog megszerzésének egyik legfontosabb jogcíme a tulajdonjog átruházására alkalmas szerződés (pl. adásvétel, ajándékozás). A szerződés szabadsága nélkül a tulajdonjogi garanciák sem érvényesülhetnének. Ily módon, a hatályos magyar alkotmányi rendelkezések szerint, a szerződési szabadság közvetetten, külön alkotmányos jogként minősül, a vállalkozói szabadság közvetlenül és kifejezetten az alapvető alkotmányos jogosultságok közé tartozik. Ugyanakkor az alkotmányos alapjogok nem sérthetők meg a szerződési szabadsággal való visszaéléssel. (Így például, a személyiségi alapjogok, pl. lelkiismereti szabadság nem derogálható szerződéssel). A magyar Alkotmány is tiltja a hátrányos megkülönböztetést, s a szerződés, mely ezt célozná meg, semmis.¹²⁸

III. A szerződési szabadság és az új magyar Ptk.

Mint Mádl Ferenc akadémikus egyik tanulmányában megállapította, a magyar polgári jog a rendszerváltás után visszatérhetett saját és európai hagyományaihoz.¹²⁹ A rendszerváltás, a jogharmonizáció és intézményesítés többek között azért volt sikeres, mert volt mihez visszatérni.

A hatályos, a rendszerváltás után (1988) napjainkig többször módosított, 1959. évi IV. törvény¹³⁰ a Polgári törvénykönyvről, még a korábbi, ún. tervutasításos és állami tulajdonú rendszerben jött létre és eredeti megfogalmazásában, koncepciójában ezt tükrözte. Ezért volt szükséges a rendszerváltás és a piacgazdálkodás bevezetése utáni jogharmonizációs folyamatban a Ptk. sorozatos módosítása, kiegészítése. Ezek a módosítások és kiegészítések ma már szinte áttekinthetetlenek (A polgári jogi tudomány jóvoltából azonban rendezettek). A részleges módosítások útja, habár a jogharmonizációs célkitűzést megvalósították, nem mutatkozott teljes egészében megfelelőnek. Az időközben megvalósított privatizáció és piacgazdálkodás, – azaz az áru, a szolgáltatások, a tőke és a munkaerő szabad áramlását biztosító rendszer érvényesítése elengedhetetlenné tette a Ptk-nak a piacgazdálkodás követelményei szerinti átfogó, új alapokon, a tulajdon és a szerződés szabadságán nyugvó újrakodifikálását, mely 1998-tól napjainkig tart. Az első teljes normatív szöveg 2005. végére kellene, hogy elkészüljön.¹³¹ A korábbi

rendszer, melyben a Ptk. fogant, megszüntette a piac szerepét azáltal, hogy lényegesen korlátozta államosítási intézkedéseivel mind a magántulajdont, mind a szerződéskötési szabadságot. Ezeket a korlátozásokat tükrözte a módosítások előtti törvényi szabályozás, mind a Ptk., mind a kódexen kívüli polgári törvényhozás. A korábbi, szerződéskorlátozó rendszer a piac helyébe a tervutasításos gazdálkodást vezette be. E szerződéskötési szabadságot korlátozó rendszer nem volt jellemző a hagyományos magyar polgári jogra. A szerződési autonómia korlátozásai 1945/1948 során kívülről voltak oktrojálva és nem a szerves fejlődés „spontán” deformációjának tudhatóak be.

A tulajdonszerzés és a szerződéskötési szabadság, a polgári korszaktól kezdődően (mind a Széchenyi nevével fémjelzett liberális Országgyűlés – Diéta törvényhozásában 1830-1840, különösen a kereskedelmi társaságokra vonatkozó törvények által, mind az 1848-as polgári jogegyenlőséget meghirdető Országgyűlés törvényhozási gyakorlatában, 1848: XV. tv.) hagyományos alapelv a magyar polgári jogban. A szerződési szabadság (autonómia) fokozatosan érvényesül az abszolutizmus (1849-1861) megszüntetését előrejelző 1861. évi Országbírói Értekezlet ideiglenes polgári jogi törvényhozásában (Az Országbírói Értekezlet által javaslatba hozott Ideiglenes Törvénykezési Szabályok, ITSZ), majd 1867 (kiegyezés) után létrejövő, a polgári jog egyes részterületeit felölelő Ptk-tervezetekben (1863, 1880), – az 1900-as év után pedig a polgári joganyagot teljes egészében szabályozó tervezetekben (1900, 1913, 1914, 1928). A polgári jog egyes részeit és a polgári jogviszonyok egészét felölelő kódextervezetek között legjelentősebbnek minősített Szász Béla elnökletével kidolgozott 1928. évi Magyarország Magánjogi Törvénykönyvének Törvényjavaslata¹³² (Mtj.), mely 973. paragrafusában a klasszikus európai kódexekben szokásos (BGB 138. paragrafus (1) bekezdése, francia Code civil 6. szakasza) általános korlátozást hirdeti meg, előirányozván, hogy a jóerkölcsbe vagy közrendbe ütköző szerződések semmissek. Ugyanakkor az Mtj. 960. paragrafusában főszabályként meghirdeti a formaszabadságot. E szerint a szerződést rendszerint bármely alakban meg lehet kötni. A szerződés kötelező alakja kivétel és ez csupán a törvény külön, kötelező alakra vonatkozó rendelkezésének, valamint a felek

kötelező alakra vonatkozó akaratmegegyezésének esetére korlátozódik. Az Mtj. szavai szerint, ha a törvény meghatározott alakot szab meg, s az alak hiányához más jogkövetkezményt nem kapcsol, a nem ilyen alakban kötött szerződés semmis. A kereskedelmi jogban a kor magas színvonalán, mely Apáthy István munkája nyomán¹³³ a német kereskedelmi törvénykönyvvel konvergens, 1875. évi XXXVII. tc. kereskedelmi törvénykönyv (258-260. paragrafusai), a szerződéskötési szabadság és autonómia talaján áll. Nemkülönb az 1876. évi XXII. tc. a váltótörvényről,¹³⁴ valamint az 1908. évi LVIII. tv. a csekkről.¹³⁵ A XIX. század második felében és a XX. század első két évtizedében és azt követően, az alapvetően még mindig precedenciális magyar jog, polgári kódex hiányában is, megerősíti a szerződéskötési szabadság elvét.

Az ún. szocialista korszakban (1945 után) azonban a magyarországi polgári jogi hagyományoktól eltérő, idegen rendszerben, a magántulajdont államosítják, a termelést ezek után hosszantartóan, egészen az 1988/89. évi sikeres rendszerváltás időszakáig, nem a piac követelményei, hanem az államilag megszabott kötelező tervek befolyásolják. A terv volt hivatott „helyettesíteni” a szerződést, megmutatkozott, sikertelenül. Kísérlet történt 1956-ban, a polgári jogegyenlőség, a tulajdon szabadsága és a szerződéskötési autonómia bevezetésére, de ez, a külső beavatkozás miatt nem valósulhatott meg. Az 1968-as liberalizálási kísérletek és az 1977. évi Ptk-módosítások olyan reformkísérletek, melyek ugyan liberalizációt hirdetnek, valójában azonban nem voltak gyökeresek, s nem mutatkoztak elegendőnek. A magántulajdon ugyanis a módosítások után is korlátozott, mivel a tulajdoni szerkezetváltásra, magánosításra ekkor sem kerül sor. A magántulajdon szabadságára vonatkozó korlátozó rendelkezések nem szűntek meg és lényegében maradt a tervgazdálkodási rendszer, amely ugyan 1968-tól, majd 1977-től kevésbé kötött. Ezzel együtt a szerződési szabadság kiterjesztése a részleges reformok által nem érvényesülhetett.

A rendszerváltás után (1988/1989) a Ptk. számos lényeges változást ért meg, többek között a szerződéskötési szabadság általános korlátainak a klasszikus polgári kódexekkel konvergencia, azaz szokássá alakítása, valamint a magántulajdon, azaz a tulajdonnak az Alkotmányban előírt irányzott valamennyi formájának elismerése és

védelmének szavatolása útján (Ptk. 3. § (1) bekezdés). A szerződésre vonatkozó általános szabályok és a szerződéskötésről szóló fejezet (I. Cím, XVII.-XVIII.fejezet) számos rendelkezése módosult a szerződéskötési autonómia biztosítása céljából. A hatályos Ptk. 200. § (1) bekezdése szerint a szerződés tartalmát a felek szabadon állapíthatják meg, (2) bekezdése szerint semmis az a szerződés, mely jogszabályba ütközik, törvénykerülő (in fraudem legis agere, Ptk. 5. §), vagy ha „nyilvánvalóan jóerkölcsbe ütközik”. A Ptk. 202. §-ában tiltja az uzsorás szerződést. Igaz, az uzsorás szerződés egyes klasszikus kodifikációkban szokásos és az Mtj.-ben is elfogadott fogalmi elemeinek mellőzésével. A 202. paragrafus (2) bekezdésében szabályozott laesio enormis (a szolgáltatások feltűnő aránytalansága a visszterhes szerződésekben), még mindig az ún. objektív értékegyenlőségi elvet követi, mellőzve a szolgáltatások valós értékére vonatkozó tévedés (pl. a francia Ptk-ban és az osztrák Általános Polgári Törvénykönyvben bevett) feltételét, ugyanakkor nem zárva ki a jogszabály alkalmazását a kereskedelmi szerződésekre nézve, ami a klasszikus polgári törvénykönyvekben, így a korábbi magyar jogban is, általánosan elfogadott. A törvény az objektív koncepció elfogadása ellenére, helyeselhetően nem fűz a szembetűnő értékaránytalansághoz semmisségi, csupán megtámadhatósági jogkövetkezményt.

Az 1998. év óta folyamatban levő kodifikációs tevékenység Kodifikációs Főbizottság (elnöke Vékás Lajos akadémikus) által meghirdetett célja az új Ptk. (szociális) piacgazdálkodáson alapuló újrakodifikálása, ebben pedig a szerződési szabadság érvényesítése. Ennek fényében indokoltnak tűnik a szerződés általános szabályait tartalmazó XVII. fejezet reformja és a szerződéskötés alapelvei között, sorrendtartásban első helyen, nem a hatályos rendelkezés (Ptk. 198. § (2) bekezdése, 206. § (1)-(4) bekezdései) szerinti kötelező szerződést kellene előtérbe helyezni, hanem a szerződési szabadság, autonómia – szerződéskötési szabadság elvét, természetesen az ehhez fűződő szokásos általános korlátozással (közrend, jószokások, imperatív törvényi jogszabályok, személyiség-oltalmi jogok). A hatályos Ptk. formaszabadságra vonatkozó (konszenzualitás elve), valamint a kötelező formakellékről (forma ad solemnitatem) szóló szabályai (Ptk. 216.-218. §) helyeselhetően

rögzítik a konszenzualitás elvét, vagyis azt a szabályt, mely szerint a szerződés megkötése főszabályként alakhoz nem kötött, formátlan, egyszerű szóbeli nyilatkozat, vagy ráutaló magatartás alapján történik – míg a formakényszer, továbbá a típuskényszer, csupán a törvény külön rendelkezésén, vagy a felek szerződési akaratán, akaratmegegyezésén (pl. előszerződésen) alapuló kivétel. Vannak hatályos külön törvények (pl. Inyt.–Ingatlan-nyilvántartási törvény, 1997; a közjegyzői eljárásról szóló jogszabály), amelyeknek a szerződés alaki kellékeiről szóló rendelkezései, nézetem szerint, problematikusak, átértékelendők, amelyek indokolatlanul „behatolnak” a Ptk. formaszabadsági szabályozási körébe, vagy a Pp. (Polgári perrendtartásról szóló törvény) rendelkezési elvébe (pl. az illetékes földhivatal az Inyt. formarendelkezései alapján, ellentétben a Pp.-vel, külön ezirányú formahiányosság miatti, semmisségi polgári peres eljárás nélkül, megállapíthatja a szerződés alakjának értékelése folyamán, gyakorlatilag a szerződés semmisségét és elutasíthatja a telekkönyvi bejegyzést).

JEGYZETEK

1 *Vertrag über Europäische Union*

(Maastricht, Unionsvertrag) vom 7. Februar 1992. Ld. pl., Dr. Klaus Dieter Borhardt, EU- und EG Vertrag, Textfassung nach dem Nizza, 3. erweiterte und aktualisierte Auflage, Bundesanzeiger Verlag, Köln, 2001, 29-64. old. Ld. ebben, 2. szakasz – gazdasági és szociális célok (33. old.). Valójában az áru és a szolgáltatások, a munkaerő és a tőke áramlását a korábbi, Európai Közösség (EK) alapításáról szóló szerződés (Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft – EWG Vertrag, Róma, 1957. március 25, együtt az Európai Atomközösségről szóló szerződéssel (Europäische Atomgemeinschaft EAG-Vertrag) mely szerve része az EU-jognak, irányozza elő. Az EK szerződés III. fejezete szabályozza a szolgáltatások és a tőke szabad áramlását – Freizügigkeit, der freie Dienstleistungs- und Kapitalverkehr), mégpedig 39.-60. szakaszaiban. (Borhardt, id. mű, 84.-93. old.). A közösségen belül a munkaerő szabad áramlása biztosított (39.-40. szakaszok). A szolgáltatások szabad áramlását a 49.-55. szakaszok szabályozzák. (Id. mű, 89.-90. old.) A tőke szabad áramlását az 56.-60. szakaszok. (Id. mű, 91.-93. old.). Ehhez társulnak a szabadság térségének fokozatos kiépítése során a vízum, azilum, bevándorlási és egyéb politikák által előírozott szabad személyáramlás korlátozásaiával összefüggésben álló jogszabályok. (61.-69. szakasz). (Borhardt, id. mű, 93.-98. old.). A közlekedési politikát a 70.-80. szakaszok szabályozzák. (Borhardt, 98.-102. old.). Rendkívüli jelentőséggel bír a VI. Fejezet, mely a ver-

seny, az adókérdés és a jogszabályok harmonizációjával kapcsolatos közös szabályokat irányozza elő. E szabályok közül kiemelendő a versenyt kizáró szerződési klauzulák tilalma (Verbot wettbewerbsschränkender Vereinbarungen und Verhaltenswesen, 81. szakasz, Borhardt, id. mű, 102. old.), a piaci fölényrel való visszaélés (Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, 82.-86. szakasz, Borhardt, id. mű, 102.-105. old.), a vállalkozások piaci helyzeti előnye elérésének biztosítása céljából történő kedvezményezést illető állami támogatások tilalma, kivéve, ha a szerződés mást elő nem ír (87. szakasz). A 94.-97. szakaszok szabályozzák a jogszabályok harmonizációját, mely szerint a Tanács irányelveket szab meg a közös piacra vonatkozó jogszabályok harmonizációjának elérése céljából.

2 Ld. erről pl. Reinhard Zimmermann, Die Principles of European Contract Law, als Ausdruck und Gegenstand Europäischer Rechtswissenschaft, Referat im Rahmen der Vortragsreihe „Rechtsfragen der Europäischen Integration“, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, Vorträge und Berichte, Nr. 138., Bonn, den 01. 12. 2003., 5.-16. old. Zimmermann megjegyzi, hogy az EU főleg az irányelvi jog által jelentősen befolyásolja, de egyúttal korlátozza is a nemzeti magánjogok alapvető magvát (Kernsubstanz). Ld. Zimmermann, id. mű, 4. old.

3 *Aktionsplan der Europäischen Kommission für ein kohärentes europäisches Vertragsrecht* (KOM, 2003, Abl. EU 2003 C 63/1, az összefoglaló megjelent in: ZeuP

11/2003,656). Ld. erről, *Staudenmayer*, Der Aktionsplan der EG-Kommission zum europäischen Vertragsrecht, EUYW 2003,481, *Zimmermann*, id. mű, 4. old. A magyar jogirodalomban, ld. *Kecskés László*, A polgári jog fejlődése a kontinentális Európa nagy jogrendszereiben, történeti vázlat, Dialóg Campus Kiadó, Budapest-Pécs, 2004., 497. old., *Verebics János*, Az európai magánjog fejlődésének főbb irányai, A jogegységesítés útjai és újabb állomásai. Kiadó: Miniszterelnöki Hivatal Kormányzati Stratégiai Elemző Központ, Európai Integrációs Iroda, Budapest, 2004., 45. old. Ebben ld. Az európai Polgári Törvénykönyv igénye és realitása, 45. old., Kodifikációk 54. old., tudományos igényű jogegységesítés az anyagi és eljárásjog részterületein, 57. old., az Európai parlament kezdeményező szerepe, Bizottsági tájékoztató az európai szerződési jogról, 62. old., vélemények, álláspontok a konzultációs folyamatban, 65. old., európai magánjog 2010-ig, a reformok menetrendje, 68. old. A Bizottság (David Byrne, Antonio Vitorino, Fritz Bolkerstein, Erkki Liikamen) 2001. július 13.-án az Európai Tanácshoz és Parlamenthez benyújtott európai szerződési jogról szóló Tájékoztatójában megállapítja, hogy „a szerződések már nem egy-egy állam (a nemzetközi jogi tradíciókhoz és intézményrendszerhez szorosan kötődő) „jogi belügyét” jelentik, a határokon átnyúló kötetmi jogi kapcsolatok az egységes, belső piacon egységesebb, azonos feltételrendszer kívánó megoldásokat követelnek.” A bizottsági dokumentum egyrészt a meglévő megoldások feltárását, másrészt az európai szerződési jog

jövendőbeli fejlődési irányának kijelölését kívánja szolgálni. (Verebics, id. mű, 63. old.)

- 4 Entwurf, *Vertrag über eine Verfassung für Europa*, Vom Europäischen Konvent im Konsensverfahren angenommen am 13. Juni und 10. Juli, dem Präsidenten des Europäischen Rates in Rom überreicht, 18. Juli, 2003., Europäischer Konvent, Luxemburg, Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften, 2003., 67.-68. old. Ld. Továbbá, Dezső Márta-Vincze Attila, A Magyar Alkotmányjog Európai Unió forrásai, Osiris Kiadó, Budapest, 2004., Alapszerződések, 13.-223. old.
- 5 Ld. pl., *Wilhelm Brauner*, Közép-Európa újabb magánjogtörténete Ausztria példáján, 1900-ig, Eötvös József könyvkiadó, Budapest, 1995., 23. old., 54. old., 64. old., 80-82. old. *Wilhelm Brauner*, Neuere Europäische Privatrechtsgeschichte, 10. bearbeitete Auflage, Wien, 2003., ABGB, 77. old. J. W. *Hedemann*, Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert, Ein Überblick über Entfaltung des Privatrechts in Deutschland, Österreich, Frankreich und der Schweiz, Erster Teil, Die Neuordnung des Verkehrslebens, Verlag Sauer und Auffermann KG, Frankfurt/Main, 1968., Sitte und Anstand als ultima ratio legis, 117. old., Treu und Glauben, 121. old. A magyar magánjog az európai fejlődés áramában, A Miskolci Egyetem ÁJK Jubileumi Konferenciájának Kiadványa, Novotni Kiadó, Miskolc, 2002., ebben: Hugh *Beale*, The Development of European Contract Law: Towards a European Civil Code, 11-22. old., továbbá *Bíró György*, A szerződések rendszere a

magyar polgári jogban, típusalkotás, 42-46. old.

- 6 A klasszikus polgári jogi kodifikációk közös nevezője a szerződési szabadság általános korlátait megsabó jószokások fogalma, a *boni mores* (bonne moers, gute Sitten), melyet a római jog fogalmazott meg. Semmis a szerződés, mely ellentétben áll a tilalmakkal és jószokásokkal („quod contra jus est vel bonos mores, non valet” – Marcianus, D. 30. 112. 3). Ld. pl. *Molnár Imre*, A római magánjog, JATE ÁJK, Szeged, 1994., 123. old. A *jogügyletek érvényéről* a római jogban, ld. *Földi András és Hamza Gábor* (Brósz-Pólai), A római jog története és intézményei, Nemzeti Tankönyvkiadó, Budapest, 1996/98, 380-388. old. Hivatkozott szerzőktől függetlenül, megjegyzendő, hogy a magyar jogirodalomban, egyes szerzők szóhasználatát (pl. Szladits) és maga a Ptk. is, úgy tűnik, indokolatlanul tesz egyenlőségjelet a „jóerkölcs” és „jószokás” fogalmi között. Ugyanis az első erkölcsi értéktételei rendszer, a másik hosszantartóan kialakult, azonos helyzetekre általánosan elfogadott norma. A kettő között azonban vannak átfedések, innen talán a magyar jogirodalomban a két kifejezés szinonimaként való minősítése. Hamza Gábor idézve a Svájci Ptk. 1. szakaszának (2) bekezdését (in: Gábor Hamza, Die Entwicklung des Privatrechts auf römischesrechtlicher Grundlage, – Unter besondere Berücksichtigung in Deutschland, Österreich, der Schweiz und Ungarn, Andrassy Gyula Deutschsprachige Universität Budapest, Andrassy Schriftenreihe, Budapest, 2002., 126. old.) utal arra, hogy a bírót a törvény kivételesen felhatalmazza a jószokások alkalmazására: „Amennyiben a törvény

nem tartalmaz a jogviszonyra nézve alkalmazható jogszabályt, a bíró a szokásjogot alkalmazza, amennyiben azonban ez sem tartalmaz mérvadó jogszabályt, akkor azon szabályt fogja alkalmazni, amit mint törvényhozó állít fel.”

- 7 *Code civil*, Art. 6: » On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moers. « Ld. pl. in : *Code civil*, 102e édition, Dalloz, Paris, 32. old.
- 8 *Couturier*, Étude Fluor, Defrénois, Ordre public de protection, 1979., 95. old. *Fenouillet*, Études P. Catala, La fin des bonnes moers et l'ordre public philanthropic, Paris, Litec, 487. old. *Frison-Rocbe*, L'ordre public dans le domaine de la construction, Gaz. Pal. 24-26 juin 2001., *Gbestin*, *Mélanges Gavalda*, Effets pervers de l'ordre public, Dalloz, Paris, 2001., 123. old. *Lagarde*, Transaction et ordre public, D. 2001., Chron. 217, *Juris-classeur périodique* (Semaine juridique, 2001. I. 312. *Luby*, Sanctions de la violation de l'ordre public, *Contrats Concurrence*, Consommation, 2001. Chron. 3. *Mercadal*, *Mélanges Breton/Derrida*, Exemption d'ordre public, Dalloz, Paris, 1991., 241. old. *Nguyen Thanh-Bourgeois*, Protection des consommateurs, Recueil Dalloz, Paris 1984., *Chronique*, 91. *Poillot-Peruzetto*, Droit communautaire Recueil Dalloz, 1993., *Chronique* 177. *Pena*, Origin historique de l'art. 6, Revue de la recherche juridique – Droit prospectiv, 1992/1, 499. *Revel*, L'ordre public, domain matrimonial, *Juris classeur périodique* (JCP), Semaine juridique, 1982., I. 3055. *Renné Savatier*, Ordre public économique, Dalloz, 1965., *Chronique*, 37. *Tunc*, *Mélanges*, R.

- Savaier*, Contrats en droit français et anglais, Dalloz, Paris, 1965., 883. old.
- 9 *Arrêt du Conseil d'État* (CE), 27. oct. 1995., Ville d'Aix-en-Provence, Dalloz, 1996., 177, note Lebreton. Juris-classeur périodique, 1996., II. 22630 (2e esp.) note F. Hamon.
- 10 *Arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation*, 27. Avril 1964. Dalloz, 1965., 214, note Ruast. Civ. 3e, 18. mars 1987. Com. 19. mai 1987., Juris classeur périodique, Semaine juridique ed. N 1988. II.277. Arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation, 11. juill. 2000, JCP 2000. IV. 2556. JCP, 1976. II. 18378.
- 11 Ld. pl a cölibátusra vonatkozó szerződési klauzula semmiségére vonatkozó állásfoglalást, in: Juris classeur périodique, Semaine juridique, 1964. II. 13807, note Morellet, stb.
- 12 *Arrêt d'une chambre civile de la Cour de cassation* (Civ.) 1r, 7. janv. 1992., Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation (Bull.civ.), I. no 2.
- 13 BGB, Sittenwidriges Rechtsgeschäft, Wucher, Par. 138. (1) „Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig. (2) Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen.“ Ld. pl. Bürgerliches Gesetzbuch, 55. Auflage, Beck Texte im dtv, München, 2004., 29. old. Zivilrecht, Wirtschaftsrecht, STUD-JUR Nomos Textausgaben, 10. Auflage, Stand BGBl. I Nr. 39. vom 27. Juli 2001., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2001. (BGB vom 18. August 1896., RGBl. S. 195.), 32. old. *Jauernig, Schlechtriem, Stürmer, Teichmann, Vollkommer*, Bürgerliches Gesetzbuch, 8. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1997., 79. old.
- 14 *Jauernig, Schlechtriem, Stürmer, Teichmann, Vollkommer*, Bürgerliches Gesetzbuch, 8. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1997., 79. old.
- 15 *Bundesgerichtshof*, neue Juristische Wochenschrift, 96, 1276.
- 16 Motive der ersten Kommission zu dem Entwurf eines Gesetzbuches für das deutsche Reich, II., 727, Bundesgerichtshof, Neue Juristische Wochenschrift, 91, 914.
- 17 *Jauernig, Schlechtriem, Stürmer, Teichmann, Vollkommer*, Bürgerliches Gesetzbuch, 8. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1997., 80. old.
- 18 *Bundesgerichtshof*, Neue Juristische Wochenschrift, 84, 792, Juristenzeitung, 87, 687.
- 19 Karlsruhe, Neue Juristische Wochenschrift, 88, 3023.
- 20 *Reichsgerichtshof*, 153, 284, 296, 161, 155, újabban, *Bundesgerichtshof*, Neue Juristische Wochenschrift, 89, 763, mely szerint az ilyen szerződés nem mindig semmis. Az újabb praxis szerint a betegkártya és az ügyvédi feljegyzések átadásához a beteg, azaz az ügyfél egyetértése szükséges. (Jauernig, BGB, Beck, München, 1997., 80. old.
- 21 *Bundesgerichtshof*, Neue Juristische Wochenschrift, 95, 2284.
- 22 *Bundesgerichtshof* (BGH) Neue Juristische Wochenschrift, 95, 2636.
- 23 BGB, 139. par.: „Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch

- ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde." Ld. pl. in: BGB 55. Auflage, Beck, München, 2004., 29. old.
- 24 BGB, 140. paragrafus. „Entspricht ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts, so gilt das letztere, wenn anzunehmen ist, dass dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit, gewollt sein würde." Ld. pl., BGB, 55. Auflage, Beck, München, 2004., 29. old.
- 25 BGB 55. Auflage, Beck, München, 2004., 29. old.
- 26 Ld. *Enneccerus-Kipp-Wolff*, Lehrbuch des Bürgerliches Rechtes, II. Band, Recht der Schuldverhältnisse, fünfzehnte Bearbeitung von Heinrich *Lehmann* (Köln), J. C. B. Mohr, Tübingen, 1958., 121. old.
- 27 BGB, 305. paragrafus I. bek. Ld. pl. *Jauernig, Schlechtriem, Stürner, Teichmann, Vollkommer*, Bürgerliches Gesetzbuch, 8. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1997., 283. old. A BGB módosítása (2001. július 13. ld. Zivilrecht, Nomos, Baden-Baden, 2001, 11. old.) után, idézett szöveg tartalma nem változott, de a formaszabadságról szóló paragrafus korábbi számozása megváltozott, most 311. paragrafus. Ld., BGB, 55. Auflage, Beck, München, 2004., 57. old. A jelenlegi 305.-310. paragrafusok az általános üzletkötési feltételeket szabályozzák. A törvény e részben 2001-ben módosult. A tv. az általános üzletkötési feltételek alatt érti számos szerződés számára előírányzott szerződési feltételeket, amiket az egyik szerződő fél a másiknak megkötés céljából rendelkezésre bocsát. (BGB 305. par. 1. bek., in: BGB, 55. Auflage, Beck, München, 2004., 57. old.).
- 28 BGB, 55. Auflage, Beck, München, 2004., 27. old.
- 29 BGB, 55. Auflage, Beck, München, 2004., 27. old.
- 30 BGB, 55. Auflage, Beck, München, 2004., 27. old.
- 31 *Handelsgesetzbuch*, 1861., újabb és hatályban levő változatát meghozták 1897. május 10.-én, hatályba lépett 1900. január 1.-én. Ld. pl. *Handelsgesetzbuch*, 34. Auflage, 1999., Beck-Texte in DTV, München, 1999. – Einführung, Wolfgang *Hefemerl*.
- 32 Ld., *Handelsgesetzbuch* (HGB), 34. Auflage, Beck, DTV, München, 1999., Einführung, VIII-IX. old., ld. továbbá a HGB 2. paragrafusát (in: id. mű, 3. old.): a törvénykönyv értelmében kereskedelmi tevékenységet folytat az, akinek a cége a kereskedelmi lajstromban bejegyzést nyert. Ld. a HGB 5, 8. paragrafusait (ld. mű, 4. old.), melyek a cégbejegyzés jogkeletkeztető és a cégnyilvántartás nyilvánossági jellegéről szólnak.
- 33 *Bundesgesetzblatt*, 1998., I., 1474. old. *Handelsgesetzbuch* (HGB), 34. Auflage, Beck, DTV, München, 1999., Einführung von Wolfgang *Hefemerl*, VIII. old.
- 34 Ld. pl. *Kodex des österreichischen Rechts*, Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, Orac, Wien, 1997., 213-215.
- 35 Ld. pl. *Kodex des österreichischen Rechts*, Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, Orac, Wien, 1997., 216. old.
- 36 Ld. pl. *Kodex des österreichischen Rechts*, Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, Orac, Wien, 1997., 217-218. old.
- 37 OÁPtk. 885. paragrafus. Ld. pl. *Kodex des österreichischen Rechts*, Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch,

- Orac, Wien, 1997., 217-218. old. RGGI 1916/69.
- 38 OÁptk. 885. paragrafus. Ld. pl. Kodex des österreichischen Rechts, Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, Orac, Wien, 1997., 218. old.
- 39 Ld. *Koziol-Welser*, Bürgerliches Recht, Band II, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 12. Auflage, Manz, Wien, 2001., 12. old. *Frost*, „Vorvertragliche“ und „vertragliche“ Schutzpflichten, 1981. Leenen, Typus und Rechtsfindung, 1971. J. *Schmidt*, Vertragsfreiheit und Schuldrechtsreform, 1985. *Medicus*, Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht, 1994. *Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts, 1996., 147. F. *Bydlinski*, Privatautonomie und objektive Grundlage des verpflichtenden Rechtsgeschäftes, 1967. *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971. F. *Bydlinski/Krejci/Schilcher/Steininger*, Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, 1997. *Hippel*, Das Problem der Rechtsgeschäftliche Privatautonomie, 1936. E. A. *Kramer*, Grundfragen der vertraglichen Einigung, 1972. *Manig*, Willenserklärung und Willensgeschäft. *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen, 1995. F. *Bzdinski*, Möglichkeiten und Grenzen der Präzisierung aktueller Generalklauseln, *Wieacker FS*, 1990., *Mayer-Maly*, Archiv für civilistische Praxis, 194, 132. *Dauner – Lieb*, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher, 1998. *Schumacher*, Verbraucherschutz bei Vertragsanbahnung, 1983. *Schmoeckel*, Der massgebliche Zeitpunkt zur Bestimmung der Sittenwidrigkeit nach Par. 138. BGB, AcP, 197.
- 40 Ld. *Koziol-Welser*, Bürgerliches Recht, Band II, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 12. Auflage, Manz, Wien, 2001., 12. old..
- 41 Ld. *Koziol-Welser*, Bürgerliches Recht, Band II, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 12. Auflage, Manz, Wien, 2001., 12. old. OGH (Oberster Gerichtshof) in NZ, 1991., 30.
- 42 *Koziol-Welser*, Bürgerliches Recht, Band II, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 12. Auflage, Manz, Wien, 2001., 13. old.
- 43 *Koziol-Welser*, Bürgerliches Recht, Band II, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 12. Auflage, Manz, Wien, 2001., 13. old. *Serozan*, Einschränkung der Vertragsfreiheit durch soziale Schutzgedanken, *Juristische Blätter*, 1983., 561. old.
- 44 *Koziol-Welser*, Bürgerliches Recht, Band I, Allgemeiner Teil, 12. Auflage, Manz, Wien, 2001., 7. old.
- 45 *Koziol-Welser*, Bürgerliches Recht, Band I, Allgemeiner Teil, 12. Auflage, Manz, Wien, 2001., 7. old.
- 46 *Koziol-Welser*, Bürgerliches Recht, Band I, Allgemeiner Teil, 12. Auflage, Manz. Wien, 86-87. old.
- 47 *Koziol-Welser*, Bürgerliches Recht, Band I, Allgemeiner Teil, 12. Auflage, Manz, Wien, 2001., 86. old.
- 48 OGH (Legfelsőbb Bíróság), Das Recht der Arbeit, 164, RDA 1997, 499, Österreichische Blätter für gewerbliche Rechtsschutz und Urheberrecht, 1998., 22.
- 49 F. *Bydlinski*, Möglichkeiten und Grenzen der Präzisierung aktueller Generalklauseln, *Wieacker-FS*, 1990.
- 50 OGH (Ö), in *Juristische Blätter*, 1995., 46.
- 51 OGH (Ö, in *Wohnrechtliche Blätter*, 1993., 399, RDA, 1993., 493

- (Eichinger), YA 1996/4, Brodl, ÖBl 1997., 196. stb.
- 52 OGH (Ö) in WoBl, 1991., 120.
- 53 OGH in SZ – Entscheidungen des OGH-s in Zivilsachn, 66/81.
- 54 *Kozioł-Welser*, Bürgerliches Recht, Band I, Allgemeiner Teil, 12. Auflage, Manz, Wien, 2001., 163. old.
- 55 Franz *Gschntzer*, Österreichisches Schuldrecht, Allgemeiner Teil, II. neubearbeitete Auflage, von Christof *Faistenberger*, Heinz *Barta* und Bernhard *Ecker*, Springer Verlag, Wien-New York, 1986., 10. old.
- 56 *Code des Obligations*, Loi fédérale complétant le Code civil Suisse, Livre cinquième: Droit des Obligations du 30 mars 1911. (Etat le avril 2001), Cancellerie Federale, Payot, 2001. 4. old.: 19 szakasz. „(1) L' object d'une contat peut être librement déterminé, dans les limites de la loi.”
- 57 *Code des Obligations*, Loi fédérale complétant le Code civil Suisse, Livre cinquième: Droit des Obligations du 30 mars 1911. (Etat le avril 2001), Cancellerie Federale, Payot, 2001., 19. szakasz, (2) bekezdés, 4. old.: „La loi n'exclut les convention de parties que lorsqu'elle édicte une règle de droit strict, ou lorsqu'une dérogation à son texte serait contraire aux moers, à l'ordre public au aux droit attachés à la personnalité. »
- 58 *Code des Obligations*, Loi fédérale complétant le Code civil Suisse, Livre cinquième: Droit des Obligations du 30 mars 1911. (Etat le avril 2001), Cancellerie Federale, Payot, 2001., 5. old.: (1) Le contrat est nul s'il a pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux moers. (2) Si le contrat n'est vicié que certaines de ses clauses, ces clauses sont seules frappées de nullité, à moins qu'il n'y ait lieu d'ad-
- mettre que le contrat n'aurait été conclu sans elles. »
- 59 *Code des Obligations*, Loi fédérale complétant le Code civil Suisse, Livre cinquième: Droit des Obligations du 30 mars 1911. (Etat le avril 2001), Cancellerie Federale, Payot, 2001., 5. old.
- 60 *Code des Obligations*, Loi fédérale complétant le Code civil Suisse, Livre cinquième: Droit des Obligations du 30 mars 1911. (Etat le avril 2001), Cancellerie Federale, Payot, 2001., 5. old.
- 61 *Code des Obligations*, Loi fédérale complétant le Code civil Suisse, Livre cinquième: Droit des Obligations du 30 mars 1911. (Etat le avril 2001), Cancellerie Federale, Payot, 2001., 2. old.
- 62 *Code des Obligations* - Loi fédérale complétant le Code civil Suisse, Livre cinquième: Droit des Obligations du 30. mars 1911. (Etat le avril 2001), Cancellerie Federale, Payot, 2001., 5-8. old.
- 63 *Theo Gubl*, Das schweizerische Obligationenrecht, siebte, bereinigte Auflage, bearbeitet von Hans Merz und Max Kummer, Schulthess Polygrafischer Verlag, Zürich, 1980., 42. old.
- 64 *Theo Gubl*, Das schweizerische Obligationenrecht, siebte, bereinigte Auflage, bearbeitet von Hans Merz und Max Kummer, Schulthess Polygrafischer Verlag, Zürich, 1980., 42. old.
- 65 *Theo Gubl*, Das schweizerische Obligationenrecht, siebte, bereinigte Auflage, bearbeitet von Hans Merz und Max Kummer, Schulthess Polygrafischer Verlag, Zürich, 1980., 42. old. OR, 20/2, BGE 63, III 414. E rendelkezés a részleges semmisség intézményét szabályozza.



- 66 *Theo Gubl*, Das schweizerische Obligationenrecht, siebte, bereinigte Auflage, bearbeitet von Hans Merz und Max Kummer, Schulthess Polygrafischer Verlag, Zürich, 1980., 40. old. Sv. Kt. 34/2. szakasz.
- 67 *Theo Gubl*, Das schweizerische Obligationenrecht, siebte, bereinigte Auflage, bearbeitet von Hans Merz und Max Kummer, Schulthess Polygrafischer Verlag, Zürich, 1980., 40. old. Sv. Kt. 100. és 101/3. szakasza.
- 68 *Theo Gubl*, Das schweizerische Obligationenrecht, siebte, bereinigte Auflage, bearbeitet von Hans Merz und Max Kummer, Schulthess Polygrafischer Verlag, Zürich, 1980., 40. old., Sv. Kt. 129. szakasza.
- 69 *Theo Gubl*, Das schweizerische Obligationenrecht, siebte, bereinigte Auflage, bearbeitet von Hans Merz und Max Kummer, Schulthess Polygrafischer Verlag, Zürich, 1980., 40. old.
- 70 BGE (Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes) 95 II 97.
- 71 Sv. Kt. 163/2. szakasz.
- 72 *Theo Gubl*, Das schweizerische Obligationenrecht, siebte, bereinigte Auflage, bearbeitet von Hans Merz und Max Kummer, Schulthess Polygrafischer Verlag, Zürich, 1980., 41. old., BGE 69 II 230.
- 73 BGE 51 II 118.
- 74 SJZ (Schweizerische Juristen Zeitung), 50, 363.
- 75 Ld. a 237. § (1) és (2) bekezdéseit, melyek a laesio enormis és az uzsorás szerződések szankcióit irányozzák elő. Ezeket a szankciókat helyes lenne a megfelelő jogintézmények diszpozícióihoz illeszteni, tehát ahol a jogintézmény fogalom meghatározást nyert, nevezetesen a 201. § (1) bekezdésben és 202. §-ban foglaltakhoz.
- 76 Ld., Ptk., Novotni, Miskolc, 2004., 50-60. old. Ld., Vékás Lajos, A szerződési szabadság alkotmányos korlátai, Jogtudományi Közlöny, 2/1999., 53-60., Bíró György, Kötelmi jog, Novotni Kiadó, Miskolc, 2004., 236-257. old., 66-67. old., Bakó Károly, Jobbágy Zsuzsanna, Sáriné Simkó Ágnes, Simon Rita, Sümegi Péter, Tass Enikő, Polgári jogi fogalomtár, II. hatályosított, bővített kiadás, HVG ORAC Lap- és Könyvkiadó Kft, Budapest, 2004., 270. old. (szerződés tárgya), 272-276. old. (szerződési szabadság), 50. old. (biztosítás), 25. old. (általános szerződési feltétel) old.
- 77 Ld. a német jogban, Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, C.H. Beck, München, 2004., 28. old. 2. p. Az osztrák jogelméletében, *Helmut Koziol, Rudolf Welser*, Bürgerliches Recht, Bd. II, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 12. Auflage, Manz, Wien, 2001., 12. old.
- 78 Ld. a magyar jogban: *Szladits Károly*, Szerződési szabadság, Magyar magánjog, III. kötet, Kötelmi jog általános része, Grill Károly, Budapest, 1941., 43. old., 403. old. Szladits kiemeli, hogy a kötelemalapító szerződés tartalmát a felek tetszésük szerint állapítják meg. E részben azonban csak a törvény korlátai közt kell mozogniuk. Így jelesül nem alapít kötelmet az olyan szerződés, amely tárgyánál fogva érvénytelen. Ilyen a lehetetlen szolgáltatásra irányuló, továbbá a törvény tilalmával, a jó erkölcsökkel vagy a közrenddel ellenkező szerződés. A szerződés tartalmát azonban nem kizárólag a felek állapítják meg, hanem a törvény is, egyfelől diszpozitív, másfelől kényszerítő (cogens) rendelkezéseivel. Más esetek is előfordulhatnak, amelyekben a szerződés előre kötött tartalommal

jön létre.” A lehetetlen szolgáltatásra irányuló szerződés semmis. (Szladits, id. mű, 43. old.) A törvényes tilalomba ütköző szerződés is semmis és az előző állapot helyreállításának van helye. (LB, P. IV. 366/1927, Grill új Dt. XXI. 651). Semmis pl. az összebeszélés a nyilvános árverés eredményének meghiúsítására vagy csökkentésére. (Kihágási Btk. 128. §). Semmis a megállapodás az iparosok között a munkások munkafeltételeinek súlyosbítására, valamint a munkások közötti megállapodás a jobb munkafeltételek iránt (1884: XVII. Ipartv. 162. §). Tilos kötbér kikötése házassági ígéret megerősítésére (Ház. tv. 2. §). Tilos az egyezkedés, mellyel az ügyvéd képviselőtélre bízott ügy vagy per tárgyát a maga részére megszerzi (ügyvédi rendtartás, 137: IV. t. c. 82. §). Tilos a meggazdasági termék előre megvétele az eladót védő törvényes feltételeknél súlyosabb kikötés mellett (1930: XXII. tc. 38. §). Tilos a kényszerigezési hitelezőnek külön előnyöket ígérő, vagy biztosító megengedése (1410/1926. M. E. sz. rendelet 78. §., (Szladits, id. mű, 45. old.). Érvénytelen továbbá a közérdekű jogszabály megkötését célzó (in fraudem legis kötött) szerződés is. (Szladits, III., 46. old.). A jóerkölcsbe ütköző szerződések fontosabb fajtái: A házassági és házasságon kívüli együttélés, valamint ezek megszüntetésével kapcsolatos szerződések, pl. az ágyassági megállapodás bírói jogvédelemben nem részesül (P III 1066/1932, lh. VII. 338). Jóerkölcsbe ütközők és nem érvényesíthetők a bordélyházzal kapcsolatos ügyletek. (K. III. 880/1913, lh. VII 111, Mjt. XV 14 és Mjt. XVI. 43). A bírói gyakorlat szerint a házasság nyereszgekésére

irányuló közvetítés tárgya nem lehet, s ezért a házasságközvetítésért járó díjak felett kötött szerződések kereseti jogot nem nyújtanak. (K. 1893. okt. 26, 1339. Dt. uf. XXXVIII, 6 és Győri T. 1905. jan. 25. G. 5. 1, Térfy. IX. 395). (Szladits, III. kötet, 50. old.). Jóerkölcsbe ütköznek azok az ügyletek is, amelyek a hatóságoknál való tiltott közbenjárással és egyéb befolyással, valamint jogosítványok megszerzésével függenek össze. (K. 1902. ápr. 16, I. G. 655., Grill, 2. 179. c) Az ajándékozás és ingyenes eltartási szerződés esetén a megajándékozott durva hálátlansága esetére a visszakövetelési jog, az esetleges ellenkező megállapodásra való tekintet nélkül megilleti az ajándékozót. (Szladits. III. 51. old.) A megbízási szerződések körében állandó a gyakorlat, hogy a megbízott az ellenérdekű féltől jutalmat nem köthet ki. (P. II. 232/1929, Grill Új Dt. XXIII. 567.). A törvénybe ill. jóerkölcsbe ütköző szerződések közül az 1932: VI. t. c az uzoráról, – különösen szabályozza az uzorás és kizsákmányoló szerződéseket. (Szladits, III. kötet, 55. old.). Szladits szerint a szerződési szabadság magában foglalja egyfelől azt, hogy mindenkinek egyéni joga, kötelemmel és kívül, másfelől, hogy a szerződő felek a kötelelem tartalmát, a szerződés formáját, a teljesítésének módját, helyét és idejét, a szavatosságot, bírságot, kártérítést, stb., miként állapítják meg, végül, hogy a már megkötött szerződést módosíthatják, átruházhatják, sztomirozhatják (megszüntethetik) stb. (Szladits, id. mű, III. k. 401. old.). Ld. az újabb magyar kötelmi jogban: *Vékás Lajos*, A szerződési szabadság alkotmányos korlátai, Jogtudományi Közöny, 2/1999., 53-60. old., *Harmatby Attila*, A

- sz szerződési szabadságról, – Weiss Emília – jubileum, Bp., 2002., 117-131. *Kemenes Béla*, A Ptk. szerződési jogának alapelvei történetiségében, a reformmunkálatok egyes kérdései. – Nagy Lajos emlékkönyv, 1996., 193-205. old. *Bíró György*, Kötelmi jog, Novotni Kadó, Miskolc, A szerződési szabadság elve, 237. old. Bíró szerint a szerződési szabadság azt jelenti, hogy a szerződő felek akarata jogi értelemben nincs megkötve. E szabadság egyes opciói, a) hogy a fél egyáltalában akar-e szerződést kötni, b) kivel, c) szerződési típuszabadságra tekintettel milyen, Ptk-ban vagy más jogszabályban nevesített vagy nevesítetlen szerződést kíván kötni. d) A diszpozitivitás elve alapján milyen jogokat és kötelezettségeket keletkeztetve, azaz milyen tartalommal. (Bíró, id. mű, 238. old.). Ld. továbbá *Gádó Gábor*, A szerződési szabadság egyes kérdései, figyelemmel a Ptk. felülvizsgálatára, *Gazdaság és Jog*, 7-8/1998., 16-26. old. *Bíró György*, A szerződési szabadság, mint alkotmányos alapjog, Publicationes Universitatis Miskolciensis, Sectio iuridica et politica, tomus II, 1995., 161-169. *Európai szerződési jog: Az európai szerződési jog alapelvei, Európai jog melléklete, 1/2002*, 3-17. old. Nemzetközi kereskedelmi szerződések alapelvei, az UNIDROIT – a Magánjog Egységesítésének Nemzetközi Intézete, 1994., ford. Gehér József, Réczai László, Katona Péter, Budapest, KJK, 1996., 231. old. *Aktuális bírói gyakorlat: BH 1997/III/120, BH 1997/123, BH 1998/6/278, BH 2002/146, BH 2003/205, BH 2003/374.*
- 79 Ld. pl., *Vörös Imre*, Az európai versenyjogok kézikönyve, 2. kiadás, Logod Bt., Budapest, 1996. továbbá, Nemzetközi kooperációs szerződések, Logod Bt. Budapest, 1995., A nemzetközi gazdasági kapcsolatok joga, I-III, KRIM Bt., Budapest, 2004., I. kötet, 13. és 60. old.
- 80 Ld. Ptk. 8. § (1), (2), 9. § 10. § 11. § (1)-(3), 12. §, 12/A. § (1), (2), (3), (4), (5), 12/B. § (1), (2), 12/C. §, 12/D. §, 13. § (1), (2), 13/A. §, 13/B. § (1), (2). Kiskorú az, aki 18. évét nem töltötte be, kivéve, ha házasságot kötött. (Ptk. 12. §). Korlátozottan cselekvőképes a 14. évet betöltő kiskorú, akinek nyilatkozata érvényességéhez – ha jogszabály kivételt nem tesz – törvényes képviselőjének beleegyezése, vagy utólagos jóváhagyása szükséges. [Ptk. 12/A. § (1), (2)] Ld. A polgári törvénykönyv, Novotni, Miskolc, 2004., 6-7. old. Ld. a 149/1997. (IX.10) Korm. rendeletet a gyámhatóságról, valamint a gyermekvédelmi és gyámügyi eljárásról.
- 81 Ld. Ptk., 200. § (1) Ld. A polgári törvénykönyv, Novotni, Miskolc, 2004., 50. old.
- 82 Ld. – 1991. évi XXV. tv. A tulajdonviszonyok rendezése érdekében, az állam által az állampolgárok tulajdonában igazságtalanul okozott károk részleges kárpótlásáról (Kpt). – 1991. évi XXIV. tv. a volt egyházi ingatlanok tulajdoni helyzetének rendezéséről (mód., 1997. évi CXXV. tv). – 1991. évi XXXII. tv. egyes állami tulajdonban levő vagyontárgyak önkormányzatok tulajdonába adásáról. – 1992. évi II. tv. a kárpótlási jegy termőföldtulajdon megszerzésére történő felhasználásának egyes kérdéseiről. – 1992. évi LIII. a tartósan állami tulajdonban maradó vállalkozói vagyon kezeléséről és hasznosításáról. – 1992. évi LIV. tv. az időleges állami tulajdonban levő vagyon értékesítéséről, hasznosításáról és védelméről. – 1992. évi LV. tv. az

állam vállalkozói vagyonára vonatkozó törvényekkel összefüggő jogszabályok módosításáról. – 1993. évi II. tv. a földrendező és földkiadó bizottságokról. – 1993. évi IV. tv. az elmúlt rendszerhez kötődő egyes társadalmi szervezetek vagyonelszámoltatásával összefüggő intézkedésekről. – 1994. évi LV. tv. a termőföldről. – 1995. évi XXXIX. tv. a privatizációról (mely szabályozza az értékesítési módokat és eljárásokat). – 1997. évi CXLI. tv. az ingatlan-nyilvántartásról. – 1998. évi XXXIV. tv. a kockázati tőkebefektetésről, a kockázati tőketársaságokról, valamint a kockázati tőkealapokról. Ld., Lenkovic Barnabás, Magyar polgári jog, Eötvös Kiadó, Budapest, 1998., 297-298. old.

83 MK Alkotmánya (1949. évi XX. törvény a Magyar Köztársaság Alkotmányáról) 9. paragrafus (2) bekezdése. Ld., Alkotmányjog, Jogszabálygyűjtemény, szerk. Kukorelli István, Osiris Kiadó, Budapest, 2002., 14. old. A MK Alkotmányának néhány rendszerváltás (1989. jan. 1.-e) utáni módosítása: 1989. évi I. tv., 1989. évi VIII. tv., 1989. évi XXXI. tv., 1990. évi XVI. tv. 1990. évi LIV. tv., 1990. évi LXIII. tv., 1990. évi XL. tv., 1993. évi CVII. tv., Ld. Kukorelli, Alkotmányjog, hivatkozott mű, 13. old.

84 Ld. pl. Barta-Fazekas-Harsányi-Miskolczi-Osváth-Ujváriné, Kereskedelmi szerződések, Miskolci Egyetem ÁJK, Novotni Kiadó, Miskolc, 2000., 331. old., 372. old. Az 58/1991 (IV.13) Korm. rend. előtti gépjármű-felelősségbiztosítási jogviszony. Ld. a Ptk. 567. § (3), mely diszpozitivitást irányoz elő, amelytől eltér az idézett Korm. rend. ld. továbbá Ptk. 559. § (1).

85 Ld. Ptk. 198. § (2) bekezdés: „Jogszabály szerződés kötését

kötelezővé teheti.” Ld., AB 43/1991. (VII.12). Ld. A polgári törvénykönyv, Novotni, Miskolc, 2004., 50. old.
86 Ptk. 208. § (1): „A felek megállapodhatnak abban, hogy későbbi időpontban egymással szerződést kötnek. Az előszerződést a szerződésre előírt alakban kell megkötni. Az előszerződés alapján a felek kötelesek a szerződést megkötni.” Ptk. 208. § (4): „A bíróság a szerződést kivételesen az előszerződésben megállapított feltételek módosításával is létrehozhatja, ha ezt nemzetgazdasági érdek vagy a felek különös méltánylást érdemlő érdeke indokolja.” E rendelkezés nem szokásos a jogösszehasonlításban. Az új Ptk-ban törölni kellene. Inkább az lenne a helyes, hogy a főszerződés (végleges szerződés) megkötését rosszhiszeműen elutasító fél a másik jóhiszemű szerződő félnek kártérítéssel tartozik. A Ptk. 208. § (6) bekezdése ellenére, mely szerint az előszerződésre nézve a szerződésre vonatkozó szabályok az irányadóak, nem világos, mely előszerződési koncepciót fogadja el (az osztrák pontkációt, melynek tartalmaznia kell a szerződés lényeges, fő elemeit, melőlőve a mellékkikötéseket, vagy a svájci „tervszerződés” típusát, mely csupán a feleket nevesíti és a szerződés típusát, melőlővén mind a fő- mind a mellékkötelezettségeket).

87 A Ptk. 200. § (1) bekezdése második mondata szerint „a szerződésekre vonatkozó rendelkezésektől (a felek) egyező akarattal eltérhetnek, ha jogszabály az eltérést nem tiltja.”

88 Ptk. 216. §, (1). Ld. pl. in: A polgári törvénykönyv, Miskolc, Novotni Kiadó, 2004., 59. old.

89 Ptk. 217. § (1). Ld. pl., A polgári törvénykönyv, Novotni, Miskolc, 2004., 59. old.

- 90 Ptk. 208. § (1-5) Ld. pl., A polgári törvénykönyv, Novotni, Miskolc, 2004., 55. old.
- 91 Ptk. 217. § (2) Ld. pl., A polgári törvénykönyv, Novotni, Miskolc, 2004., 59. old.
- 92 Ptk. 200. § (1) Ld. pl. in: A polgári törvénykönyv, Miskolc, Novotni Kiadó, 2004., 50. old. Ld. továbbá a Ptk XX. fejezetét (A szerződés tartalma és tárgya), azaz 226. §-t (jogszába meghatározhatja a szerződés kötelező tartalmát), 227. § (1) bek. (a szerződés tárgya: dolog adása, tevékenység, tevékenységtől való tartózkodás, más magatartás), (2) bek. (semmis a lehetetlen szolgáltatásra irányuló szerződés), 228. §, 229. § (feltétel és időhatározás), 230. § (vagylagos szolgáltatás), 231. § (pénz, pénztartozás), 232. § (kamatszolgáltatás).
- 93 Magyar Ptk. 226. § (1) Ld., Bíró, Kötelmi jog, Novotni, Miskolc, 248. old.
- 94 A magyar Ptk. 201. § (1) bekezdése szerint „A szerződéssel kikötött szolgáltatásért – ha a szerződésből vagy a körülményekből kifejezetten más nem következik – ellenszolgáltatás jár.” Ld. pl. in: A polgári törvénykönyv, Miskolc, Novotni Kiadó, 2004., 51. old.
- 95 Ptk. 209. § (1-3 bek.), 209/A. § (1-6 bek.), 209/C. § és 209/D. §. Ha az általános üzletkötési feltétel tisztességtelen, a kikötést a sérelmezett fél megtámadhatja. Ha a gazdálkodó szervezet használ szerződéskötéskor tisztességtelen általános feltételt, a sérelmes kikötést a külön jogszabályban meghatározott szervezet is megtámadhatja a bíróság előtt. (Ptk., 209. § (1), (2)). Ld. az 1996. évi LVII. törvényt a tisztességtelen piaci magatartás és versenykorlátozás tilalmáról, továbbá a 89/1998. (V. 8) Korm. rend. a Fogyasztóvédelmi Főfelügyelőség szervezetéről, feladat- és hatásköréről, valamint a fogyasztóvédelmi bírság felhasználásáról. Ld. pl. in: A Polgári törvénykönyv, Miskolc, Novotni Kiadó, 2004., 56-57. old.
- 96 Ptk., 201. § (2). (Ld. pl. A magyar polgári törvénykönyv, Novotni, Miskolc, 2004., 51. old.). E rendelkezés szerint, „ha a szolgáltatás és ellenszolgáltatás között anélkül, hogy az egyik felet az ajándékozás szándéka vezetné, a szerződés megkötésének időpontjában feltűnően nagy az értékkülönbség, a sérelmet szenvedő fél a szerződést megtámadhatja.”
- 97 Ptk. 202. §, mely szerint „Ha a szerződő fél a szerződés megkötésekor a másik fél helyzetének kihasználásával feltűnően aránytalan előnyt kötött ki, a szerződés semmis (uzsorás szerződés).” (Ld. pl. A magyar Polgári törvénykönyv, Novotni, Miskolc, 2004., 51. old.). A LB álláspontja szerint (BH 2004. 58) „a jogszabály szerint végrehajtott árverésen tulajdonjogot szerző fél tekintetében a másik fél szorult helyzetének kihasználása és a szerződés nyilvánvalóan jóerkölcsbe ütköző volta nem merülhet fel. (Ptk. 193. §. (1), 200. §. (2), 202. §., 1993. évi LXXVIII. tv., Pp. 7. §. (2)).
- 98 Ptk. 241. §-a szerint „a bíróság módosíthatja a szerződést, ha a felek tartós jogviszonyában a szerződéskötést követően beállott körülmény folytán a szerződés valamelyik fél lényeges jogos érdekét sérti.” A rendelkezés nem teljes, az új Ptk. meghozatala során figyelembe kellene venni a szokásos rendelkezéseket, pl. az olasz törvénykönyv idevágó rendelkezését.

- 99 Ptk. 367. § (1)-(3), 369. § (1)-(3), 370. § (1)-(4).
- 100 Ptk. 226. § (1). (Ld., pl., A magyar polgári törvénykönyv, Novotni, Miskolc, 2004., 62. old.
- 101 Ptk. 226. § (3). Ld. az 1990. évi LXXXVII. törvényt az árak megállapításáról. A magyar Polgári törvénykönyv, Novotni, Miskolc, 2004., 62. old. 134. old.
- 102 Ptk. 227. § (1), (2) Ld. A magyar polgári törvénykönyv, Novotni, Miskolc, 2004., 63. old.
- 103 Ptk. 228. § (1), (2). Ld. A magyar polgári törvénykönyv, Novotni, Miskolc, 2004., 63. old.
- 104 Ptk. 230. § (1), (2). Ld. A magyar polgári törvénykönyv, Novotni, Miskolc, 2004., 63. old.
- 105 Ptk. 231. § (1), (2); 232. § (1), (2), (3)
- 106 Ptk. 231. § (1).
- 107 Ptk. 232. § (2)
- 108 Ld., A magyar Polgári törvénykönyv, Novotni, Miskolc, 2004., 64. old.
- 109 A német BGB 311/I paragrafusa szerint a kötelmi jogviszony létrehozatala, valamint módosítása céljából rendszerint szükséges a szerződés megkötése; csupán kivételesen elegendő az egyoldalú jogügylet, ami akkor van, ha ezt a törvény másként szabályozza. BGB 311. paragrafusa I. bekezdésének eredeti szövege így szól: "Rechtsgeschäftliche Schuldverhältnisse. (1) Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft sowie zur Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ist ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz eines anderen vorschreibt." (Ld. pl. Bürgerliches Gesetzbuch, 55. Auflage, Beck Texte im dtv, München, 2004., 64. oldal). Ld., Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 30. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2004., 19. old.
- 110 V.ö. Hans Brox, Wolf-Dietrich Walker, Allgemeines Schuldrecht, 30. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2004., 26. old.
- 111 V.ö., Hans Brox, Wolf-Dietrich Walker, Allgemeines Schuldrecht, 30. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2004, 19-20. old. Ld. a BGB 311. paragrafusának I. bekezdését, mely szerint „a kötelmi jogviszony jogügyleti alapítása, valamint módosítása céljából rendszerint szükséges a szerződés megkötése, kivéve, ha a törvény másként nem rendelkezik” (azaz kivételesen elegendő az egyoldalú jogügylet). Ld. pl. Bürgerliches Gesetzbuch (Textausgabe mit ausführlichem Sachverzeichnis und einer Einführung von Dr. Helmut Köhler), 55. Auflage, Beck-Texte im dtv, München, 2004., 64. old.
- 112 Ld. Ptk. 210. §, (1), (2), (3) bekezdések (tévedés), (4) bekezdés (megtévesztés, jogellenes fenyegetés), (5) bekezdés (ingyenes szerződés esetében tévedés, megtévesztés, fenyegetés címén a szerződést akkor is meg lehet támadni, ha e körülményeket a másik fél nem ismerhette fel). (Ld., A polgári törvénykönyv, Miskolc, Novotni, 2004., 57-58. old.). Ld. Legfelsőbb Bíróság, BH 1989/9/364, BH 1988/6/226.
- 113 Ld. a Ptk. 234. § (1): „A semmis szerződés érvénytelenségére – ha törvény kivételt nem tesz – bárki határidő nélkül hivatkozhat.” A Ptk 237. § (1) bekezdése értelmében „érvénytelen szerződés esetében a szerződéskötés előtt fennálló helyzetet kell visszaállítani.”
- 114 A Ptk. 237. § (4) bekezdése szerint „a bíróság az ügyész indítványára az állam javára ítéلمي meg azt a szolgál-

tatást, amely a tiltott, jöerkölcsbe ütköző szerződést kötő, a megtevesztő vagy jogtalanul fenyegető, továbbá az egyébként csalárd módon eljáró félnek járna vissza. Uzsorás szerződés esetén a sérelmet okozó félnek vissza-járó szolgáltatást az állam javára meg kell ítélni. Az államnak járó juttatásokat rendszerint pénzben kell megítélni."

- 115 Ptk. 200. § (2) bekezdés, 5. § (1), (2), (3) bekezdés. Ld. pl. in: Magyar polgári jog, A polgári törvénykönyv (szerk. Bíró György), Novotni Kiadó, Miskolc, 2004., 50. és 4. old.
- 116 A hatályos magyar Ptk. szerint (200. §) „(1) A szerződés *tartalmát* a felek *szabadon* állapíthatják meg. A szerződésekről szóló rendelkezésektől egyező akaratlan eltérhetnek, ha jogszabály az eltérést nem tiltja. (2) *Semmis az a szerződés, amely jogszabályba ütközik, vagy amelyet jogszabály megkerülésével kötöttek, kivéve, ha ahhoz jogszabály más következményeket* fűz. Semmis a szerződés akkor is, ha nyilvánvalóan *jöerkölcsbe ütközik.*” Ld. pl. in: Magyar polgári jog, A polgári törvénykönyv (szerk. Bíró György), Novotni Kiadó, Miskolc, 2004., 50. old.
- 117 Ptk. 200. § (2) bekezdés.
- 118 Az osztrák jogirodalom találóan jegyzi meg (*Gschnitzer*, in: *Geschichte des europäischen Zivilrechts im 19. und 20. Jahrhundert, entwickelt am Beispiel des Österreichischen ABGB-s*, Juristische Blätter, 1960., 216. old.), hogy egy jogrendszer minősítése, tartalmi jegyei alapján, aszerint végezhető el, hogy a jogrend az egyénnek mennyi és milyen szabadságot biztosít. *Helmut Koziol és Rudolf Welser* szerint (*Bürgerliches recht, I. Band, Allgemeiner Teil, 12. Auflage, Manz,*

Wien, 2002., 7-8. old.) A „népi jogtudatban” a magánjog úgy él, hogy a magánjogi rendszer állami kényszerhatás nélkül működik. A szerzők megállapítják, hogy annak ellenére, hogy a magánjogi normák körébe beléptek a közjogiak, azaz annak alapján, hogy a magánjog kapcsolódik a közjoghoz, a magánjogi rendszer a társadalom olyan alaprendszerét képezi, amely nagyrészt, vagy egészében mentes a hatósági beavatkozástól.

- 119 Ld. V.ö., Hans Brox, Wolf-Dietrich Walker, *Allgemeines Schuldrecht*, 30. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2004., 27. old. BVerfGE 81., 242., 255.; 89., 214., 232.; 98., 365., 395.
- 120 Hans Brox, Wolf-Dietrich Walker, *Allgemeines Schuldrecht*, 30. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2004., 26-27. old.
- 121 Magyar Alkotmánybíróság (AB), 32/1991. VI. 1. Ld., in: Polgári jogi fogalomtár (Szerződési szabadság), II. hatályosított, bővített kiadás, HVG-ORAC, Budapest, 2004., 272. old.
- 122 Ld. a magyar Alkotmány 54.-70/K. §-ai, pl. in: Alkotmányjog, Jogszabálygyűjtemény, (szerk. Kukorelli István), Osiris, Budapest, 2002., 14. old.
- 123 A Magyar Köztársaság Alkotmányának 70/K. §.
- 124 A Magyar Köztársaság Alkotmánya 8.§ (2)
- 125 Magyar Köztársaság Alkotmánya, 8. § (1)
- 126 Magyar Köztársaság Alkotmánya, 9. § (1), (2)
- 127 Magyar Köztársaság Alkotmánya 13. § (3)
- 128 Magyar Köztársaság Alkotmánya 70/A. § (1)
- 129 In: *Liber amicorum studia L. Vékás dedicata – Ünnepi dolgozatok Vékás*

Lajos hatvanadik születésnapjára és egyetemi oktatói működésének harmincötödik évfordulójára, ELTE ÁJK, Polgári Jogi Tanszék, Budapest, 1999.

- 130 Az 1989. óta elvégzett számtalan (több mint száz) módosítás mellett, ld. csupán a 2000-2004. évek során eszközölt módosításokat: 2000. évi XLII. tv., 2000. évi LXXXVIII. tv., 2000. évi CXXIV. tv., 2000. évi CXXXVII. tv., 2000. évi CXLV. tv., 2000. évi XV. tv., 2001. évi XIX. tv., 2001. évi XXXV. tv., 2001. évi XI. tv., 2001. évi LXXXIII. tv., 2001. évi XVI. tv., 2001. évi CXX. tv., 2002. évi XXXVI. tv., 2002. évi LXII. tv., 2003. évi XXIV. tv., 2003. évi XLVII. tv., 2003. évi CII. tv., 2003. évi CXXXV. tv., 2003. évi CXXXII. tv., 2004. évi XXVII. tv. (ld. pl. in: Magyar polgári jog, A polgári törvénykönyv, szerk. Bíró György, Halászi György, Vasady Lóránd, Makó Péter, Novotni Kiadó, Miskolc, 2004., 3. old.
- 131 A Kodifikációs Főbizottság elnökeként Vékás Lajos akadémikus 2001-2003 között jelentette meg az Új Ptk. I. és II. koncepcióját. A koncepciókhoz hozzájárultak az albizottsági jelentések, valamint a tudományos folyóiratokban (Jogtudományi Közlöny, Magyar Jog, Állam- és Jogtudomány, Cég és Jog, stb.) különösképpen pedig, a Kodifikáció (Budapest) c. tudományos folyóiratban megjelent tanulmányok. Számos kiemelkedő monográfia, tanul-

- mánykötet foglalkozik a kodifikáció egyes elvi, vagy jogintézményi hátterével. Ld. részletesebben pl., Szalma, A polgári jog kodifikációjának általános módszerei és a magyar Ptk. rekodifikációja, in: Kodifikáció, tanulmányok, ELTE ÁJK, Bibliotheca iuridica, Budapest, 2003., 40-70. old. Ld. Recodification des ungarischen Bürgerlichen Rechtes aus dem Jahre, 1959 (beginnend im Jahre 1998), Annales Universitatis Scientiarum Budapestensis de Rolando Eötvös nominatae, Sectio iuridica, Tomus XLI-XLII, 2000-2001., 51-53. old.
- 132 Ld. in: Dr. Térfy Gyula és Dr. Térfy Béla, Igazságügyi zsebkönyvtár, III. kiadás, Grill Károly Könyvkiadóvállalata, Budapest, 1936., 134-400. old. Lábady Tamás, A magyar magánjog (polgári jog) általános része, Dialog Campus, Budapest-Pécs, 1997., 87. old.
- 133 Ld. Lábady Tamás, A magyar magánjog (polgári jog) általános része, Dialog Campus, Budapest-Pécs, 1997., 85. old.
- 134 Ld. in: Dr. Térfy Gyula és Dr. Térfy Béla, Igazságügyi zsebkönyvtár, III. kiadás, Grill Károly Könyvkiadóvállalata, Budapest, 1936., 345-552. old.
- 135 Ld. in: Dr. Térfy Gyula és Dr. Térfy Béla, Igazságügyi zsebkönyvtár, III. kiadás, Grill Károly Könyvkiadóvállalata, Budapest, 1936., 562-568. old.

DIE EG-RICHTLINIE ZUM VERBRAUCHSGÜTERKAUF

Sehr geehrte Damen und Herren,

Ungarn ist seit einem knappen Jahr Mitglied der Europäischen Union. Für die ungarischen Juristen bedeutete dieser Beitritt eine Herausforderung, die man sich als Außenstehender kaum vorstellen kann, musste doch das gesamte ungarische Recht innerhalb kurzer Zeit an die Vorgaben des Europäischen Rechts angepasst werden. Ich danke Ihnen herzlich für die Freude und Ehre, heute zu Ihnen über eine dieser Vorgaben – nämlich die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (VerbrGüterKRiL) – sprechen zu dürfen. Ich bitte um Verständnis dafür, dass ich dabei auf die Umsetzung der Richtlinie in Ungarn nur ganz knapp eingehen werde – davon verstehe ich viel zu wenig, um seriös darüber sprechen zu können. Ich würde mich jedoch freuen, wenn wir in der Diskussion im Anschluss an meinen Vortrag auf die Umsetzung der VerbrGüterKRiL ins ungarische Recht zu sprechen kämen.

Auch in Deutschland hat die VerbrGüterKRiL dramatische rechtliche Veränderungen herbeigeführt, weil der Gesetzgeber ihre Umsetzung zum Anlass nahm, das gesamte Vertragsrecht zu reformieren. Ich werde im Lauf meines Vortrags gelegentlich auf die Umsetzung in Deutschland eingehen, um Ihnen einen Vergleich mit der Umsetzung in Ungarn zu ermöglichen und Probleme aufzuzeigen, die sich der deutschen Rechtsprechung während der mehr als drei Jahre seit dem Inkrafttreten des neuen Rechts gestellt haben.

I. DIE GESCHICHTE DER KAUFRECHTSVEREINHEITLICHUNG

Einleitend möchte ich kurz auf die Geschichte der Kaufrechtsvereinheitlichung eingehen. Denn diese beginnt keineswegs mit der

VerbrGüterKRIL, die Richtlinie stellt vielmehr den vorläufig letzten Schritt einer knapp 80 jährigen Entwicklung dar.

Die internationale Vereinheitlichung des Kaufrechts wurde erstmals 1929 von *Ernst Rabel* angeregt, dem Direktor des Berliner Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht. Das Institut für die Vereinheitlichung des Privatrechts (UNIDROIT) nahm die Anregung auf und setzte eine Arbeitsgruppe („Comité du conseil pour l'unification de la vente“) ein, die mehrere Entwürfe erstellte, bis die Arbeiten 1939 infolge des Zweiten Weltkriegs zum Erliegen kamen. Sie wurden 1951 mit der Haager Kaufrechtskonferenz wieder aufgenommen. Eine von dieser eingesetzte Kommission („Commission Spéciale“) erstellte 1956 und 1963 neue Entwürfe, zu denen die nationalen Regierungen – unter anderem auch die ungarische – Stellung nahmen. Auf der Haager Konferenz 1964 wurden schließlich zwei Kaufrechtsübereinkommen verabschiedet, das Uniform Law on the International Sale of Goods (ULIS) und das Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods (ULFIS).¹ Diesen war jedoch kein großer Erfolg beschieden. Sie traten nur für neun Staaten in Kraft, darunter Deutschland, Italien und – mit Einschränkungen² – Großbritannien, nicht aber Frankreich und die USA. Ungarn unterzeichnete die Abkommen zwar, ratifizierte sie aber nicht.

Ab 1968 nahm sich die U. N. Kommission für internationales Handelsrecht (UNCITRAL) der Kaufrechtsvereinheitlichung an. Von 1970 bis 1977 tagte eine Arbeitsgruppe, die von den Haager Kaufgesetzen ausging und den Entwurf eines Kaufrechtsübereinkommens erarbeitete. Dieser bildete die Grundlage für die Wiener Konferenz im Frühjahr 1980, auf der das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG) beschlossen wurde. Ungarn wurde dabei von *Professor Eörsi* vertreten, der bereits an der Ausarbeitung der Haager Kaufgesetze beteiligt war. Nach der Ratifikation durch zehn Staaten trat das CISG 1988 in Kraft. Heute haben 65 Staaten das Abkommen angenommen, zuletzt Zypern am 7. März 2005, darunter mit Ausnahme von Großbritannien und Japan alle wichtigen Industriestaaten. Ungarn gehörte zu den Unterzeichnerstaaten, und das CISG gilt für Ungarn seit seinem Inkrafttreten.

Das CISG enthält Vorschriften über den Vertragsschluss und über die Rechte und Pflichten der Parteien, insbesondere über ihre Rechtsbehelfe im Fall von Leistungsstörungen. Es gilt für Kaufverträge über Waren zwischen Parteien, die ihre Niederlassung in verschiedenen Staaten haben, unabhängig davon, ob die Parteien Unternehmer oder Verbraucher sind (Art. 1 CISG). Auf den Kauf von Ware für den persönlichen Gebrauch oder den Gebrauch in der Familie oder im Haushalt findet das CISG allerdings prinzipiell keine Anwendung (Art. 2 Buchst. a CISG); dadurch sollte ein Konflikt mit nationalen Verbraucherschutzbestimmungen vermieden werden³. Das CISG ist dispositives Recht; die Parteien können seine Anwendung ausschließen oder beschränken (Art. 6 CISG). Probleme bei der Anwendung wirft auf, dass kein internationales Gericht zur Anwendung des CISG zuständig ist und es deshalb kein Organ gibt, das eine einheitliche Auslegung sicherstellt. *Grundmann* kommt zum Schluss, das CISG sei „eher ein internationales, hervorragend dokumentiertes Modell als angewandtes und gelebtes Einheitsrecht in den großen Industrienationen“.⁴

II. ZIEL DER VERBRAUCHSGÜTERKAUFRICHTLINIE

Für die Europäische Gemeinschaft, zu deren Aufgaben die Errichtung eines Gemeinsamen Marktes gehört (Art. 2 EGV), musste die Vereinheitlichung des Kaufrechts große Bedeutung haben. Denn ein Gemeinsamer Markt lässt sich nur verwirklichen, wenn nicht nur Unternehmen, sondern auch Verbraucher die Möglichkeiten nutzen, die ihnen die Gewährleistung des freien Warenverkehrs bietet, und ihren Bedarf an Waren auch in anderen Mitgliedstaaten decken. In praktischer Hinsicht wird das durch die neuen Kommunikationsmittel – insbesondere das Internet – ganz erheblich erleichtert (siehe Begründungserwägung 4 der VerbrGüterKRil). Der Kauf in einem anderen Staat bringt jedoch für Verbraucher ganz erhebliche Rechtsunsicherheit mit sich, da sie nicht wissen, welche Rechte ihnen im Fall der Vertragswidrigkeit der gekauften Ware zustehen. Diese Rechtsunsicherheit könnte ge-

rade rational handelnde Verbraucher davon abhalten, die Vorteile des Binnenmarkts auszunützen: Der Aufwand, den sie betreiben müssten, um sich über die Rechtslage im anderen Staat zu informieren, würde die Vorteile, die ihnen der Kauf dort im Vergleich zu einem Kauf im Heimatland bietet – wie etwa einen niedrigeren Preis –, wohl im Regelfall übersteigen, zumal ein grenzüberschreitendes Geschäft ohnehin Nachteile in rechtlicher Hinsicht – wie etwa die schwierigere Durchsetzung von Ansprüchen – mit sich bringt. So nannten bei einer Umfrage 52% der Verbraucher die Rechtsunsicherheit als Grund dafür, dass sie von Käufen im Ausland absehen; Sprachprobleme gaben dagegen nur 40% an.⁵ Die Schaffung eines gemeinsamen Mindeststandards von Verbraucherrechten, die unabhängig vom Ort des Kaufs der Waren in der Gemeinschaft gelten, stärkt daher das Vertrauen der Verbraucher und regt sie so dazu an, die Möglichkeiten des Binnenmarkts auch tatsächlich zu nutzen (siehe Begründungserwägung 5).

Im August 1996 legte die Europäische Kommission einen ersten Entwurf einer Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und Garantien für Verbrauchsgüter vor,⁶ am 25. Mai 1999 wurde die Richtlinie erlassen.⁷ Der Regelungsbereich der Richtlinie ist weit weniger umfassend als derjenige des CISG: Sie konzentriert sich ganz auf die Rechte des Käufers bei Vertragswidrigkeit der Sache und enthält keine Regelungen über den Vertragsschluss, über die Primäransprüche von Käufer und Verkäufer und über die Rechte des Verkäufers bei Vertragsverletzungen durch den Käufer; selbst Schadensersatzansprüche des Käufers werden nicht geregelt. Soweit die VerbrGüterKRiL aber Regelungen trifft, orientiert sie sich am Modell des CISG,⁸ obwohl der Anwendungsbereich beider gänzlich unterschiedlich ist: Die VerbrGüterKRiL gilt für Käufe zu privaten Zwecken, während das CISG auf Käufe von Waren für den persönlichen Gebrauch prinzipiell gerade nicht anwendbar ist (Art. 2 Buchst. a CISG). Während das CISG nur grenzüberschreitende Verträge erfasst, gilt die VerbrGüterKRiL für grenzüberschreitende wie innerstaatliche Verträge gleichermaßen. Das CISG kann von den Parteien abbedungen werden, die VerbrGüterKRiL enthält dagegen weitgehend zwingendes Recht (Art. 7 VerbrGüterKRiL). Die prakti-

sche Bedeutung der Richtlinie ist daher ungleich höher als diejenige des CISG.

III. VERBRAUCHSGÜTERKAUFRICHTLINIE UND NATIONALES RECHT

Wie jede Richtlinie bedarf auch die VerbrGüterKRiL der Umsetzung in nationales Recht. Allein dieses nationale Recht gilt im Verhältnis zwischen Käufer und Verkäufer, nicht die Richtlinie selbst, denn Richtlinien entfalten keine horizontale Drittwirkung.⁹ Die damaligen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft mussten die Richtlinie bis 1. Januar 2002 umgesetzt haben (Art. 11 Abs. 1 S. 1 VerbrGüterKRiL); dieser Pflicht sind allerdings bei weitem nicht alle Mitgliedstaaten pünktlich nachgekommen. Da die Richtlinie nur den Mindestschutz statuiert, den Verbraucher genießen müssen, können die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung den Verbrauchern weitergehende Rechte einräumen (Art. 8 VerbrGüterKRiL).

Die wohl zentrale Frage, die sich den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung stellte, war, ob ein eigenes Gesetz nur für Verbrauchsgüterkäufe geschaffen werden sollte, dessen Anwendungsbereich demjenigen der Richtlinie entsprach, oder ob das allgemeine Kaufrecht an dasjenige der Richtlinie angepasst werden sollte. Deutschland hat sich – ebenso wie Ungarn – für den zweiten Weg entschieden und nur die Anwendbarkeit einiger weniger Normen, die als speziell verbraucherschützend angesehen werden, auf Verbrauchsgüterkäufe beschränkt (§§ 474-479 deutsches Bürgerliches Gesetzbuch [BGB]).

Es wäre nun gänzlich verfehlt, anzunehmen, mit der Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht hätte die Richtlinie selbst ihre Bedeutung weitgehend verloren. Der Rechtsanwender muss vielmehr bei der Anwendung des nationalen Umsetzungsgesetzes die Richtlinie immer „im Hinterkopf“ haben, denn das nationale Recht ist richtlinienkonform auszulegen. Spielräume des nationalen Rechts sind bei dessen Auslegung also so auszufüllen, wie es im Hinblick auf den Wortlaut und den Zweck der Richtlinie geboten ist.¹⁰ Wenn bei der Anwendung des nationalen Umsetzungsgesetzes Zweifel über den Inhalt der Richtlinie auftreten, kann das nationale

Gericht nach Art. 234 EGV im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens den Europäischen Gerichtshof (EuGH) anrufen; ein Gericht letzter Instanz muss dies sogar tun. Auf diese Weise wird der EuGH für eine einheitliche Auslegung der Richtlinie in allen Mitgliedstaaten sorgen und die Anwendung der nationalen Kaufrechte maßgeblich prägen. Lässt das nationale Recht eine richtlinienkonforme Auslegung nicht zu und steht es damit im Widerspruch zur Richtlinie, kann der dadurch Benachteiligte einen Schadensersatzanspruch gegen den betreffenden Mitgliedstaat wegen unzureichender Umsetzung der Richtlinie haben.¹¹

Wenn der nationale Gesetzgeber – wie in Deutschland und Ungarn – zur Umsetzung der Richtlinie nicht ein spezielles Gesetz über Verbrauchsgüterkäufe erlassen, sondern das allgemeine Kaufrecht an die Richtlinie angepasst hat, fragt sich, ob die richtlinienkonforme Auslegung auch in Fällen zum Tragen kommt, die außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie liegen, wenn also etwa beide Kaufvertragsparteien Kaufleute sind. In Deutschland wird dies allgemein angenommen, falls es nicht um spezifische Verbraucherschutzbedürfnisse geht.¹² Sofern das nationale Recht auch in Fällen, die außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie liegen, richtlinienkonform auszulegen ist, kann das nationale Gericht auch in solchen Fällen dem Europäischen Gerichtshof gemäß Art. 234 EGV Fragen zur Anwendung der Richtlinie vorlegen.¹³

IV. DER ANWENDUNGSBEREICH DER VERBRAUCHSGÜTERKAUFRICHTLINIE

Wie schon ihr Name sagt, bezieht sich die Richtlinie auf „Verbrauchsgüter“. Dieser Begriff ist ausgesprochen unglücklich gewählt, suggeriert er doch, dass die Art des verkauften Guts entscheidend für die Anwendbarkeit der Richtlinie sei – der Begriff „Verbrauchsgut“ lässt unwillkürlich an Artikel wie Papiertaschentücher oder Lebensmittel denken, keineswegs dagegen an Autos oder Computer. In Wirklichkeit spielt die Art des verkauften Guts für die Anwendbarkeit der VerbrGüterKRiL nur eine ganz untergeordnete Rolle. Die Richtlinie bezieht sich auf alle Sachen mit

Ausnahme von Wasser und Gas, die nicht in bestimmter Menge abgefüllt sind, Strom und Grundstücken (Art. 1 Abs. 2 Buchst. b VerbrGüterKRiL). Von zentraler Bedeutung ist dagegen die Stellung der Parteien: Der Käufer muss ein Verbraucher sein, der Verkäufer darf es nicht sein. Die Definition von „Verbraucher“ in Art. 1 Abs. 2 Buchst. a VerbrGüterKRiL entspricht dabei der in anderen Richtlinien verwendeten.¹⁴ Maßgeblich für die Stellung als Verbraucher ist nicht etwa eine Eigenschaft der betreffenden Person (wie z. B. ihr Beruf), sondern die Rolle, in der sie bei Abschluss des Kaufvertrags agiert: Sie darf nicht im Rahmen einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handeln. Der Rechtsanwalt, der einen Computer für sein Büro kauft, ist also kein Verbraucher; kauft er den gleichen Computer dagegen als Geschenk für seine Tochter, handelt er als Verbraucher. Schwierigkeiten treten auf, wenn derselbe Gegenstand sowohl für berufliche als auch für private Zwecke eingesetzt werden soll, der Rechtsanwalt also beispielsweise auf dem gekauften Computer sowohl Schriftsätze verfassen als auch seine Urlaubsphotos bearbeiten will. Die herrschende Meinung in Deutschland nimmt insofern an, entscheidend sei, welcher Zweck im Vordergrund stehe.¹⁵ Zweifelhaft ist auch, ob die Richtlinie mit der „beruflichen Tätigkeit“ nur eine selbständige berufliche Tätigkeit¹⁶ oder auch die berufliche Tätigkeit im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses meint, ob also etwa ein Lehrer, der einen Computer erwirbt, um ihn beruflich zu nutzen, Verbraucher im Sinne der Richtlinie ist. Der deutsche Gesetzgeber hat sich bei der Definition des Verbrauchers dafür entschieden, nur die selbständige berufliche Tätigkeit aus dem Verbraucherbegriff auszunehmen (§ 13 BGB).

Nach dem Text der Richtlinie kommt es nicht darauf an, ob der Verkäufer erkennen konnte, dass der Käufer als Verbraucher handelte. Dies wirft erhebliche Probleme des Verkehrsschutzes auf, da der Verkäufer möglicherweise den zwingenden Regelungen über den Verbrauchsgüterkauf unterworfen wird, ohne dass er dies erkennen und damit in den verlangten Kaufpreis einkalkulieren konnte. In der Literatur wird daher vorgeschlagen, dem Käufer die Berufung auf seine Verbrauchereigenschaft zu verwehren, wenn der Verkäufer diese weder kannte noch erkennen konnte.¹⁷ Der

deutsche Bundesgerichtshof (BGH) hatte im Dezember 2004 einen Fall zu entscheiden, in dem der Käufer eines Autos dem Verkäufer vorgetauscht hatte, kein Verbraucher zu sein, weil er wusste, dass der Verkäufer keine Gewähr für Mängel leisten und deshalb nicht an einen Verbraucher verkaufen wollte. Der BGH war der Auffassung, unter diesen Umständen könne sich der Käufer nicht auf die Vorschriften über den Verbrauchsgüterkauf berufen. Der arglistig getäuschte Verkäufer müsse den Käufer an dessen falscher Angabe festhalten können; durch die Möglichkeit, wegen der arglistigen Täuschung den Vertrag zu vernichten (§ 123 BGB), werde er nicht ausreichend geschützt.¹⁸

Die Richtlinie gilt für Kaufverträge. Nach Art. 1 Abs. 4 VerbrGüterKRiL fallen darunter auch Verträge über die Lieferung herzustellender und zu erzeugender Verbrauchsgüter, und zwar – wie die Gesetzgebungsgeschichte eindeutig zeigt¹⁹ – auch dann, wenn der Stoff, aus dem die Sache hergestellt wird, vom Käufer stammt (vgl. auch Art. 2 Abs. 3 VerbrGüterKRiL). Ausgenommen sind nur Verkäufe aufgrund von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen oder anderen gerichtlichen Maßnahmen (Art. 1 Abs. 2 Buchst. b VerbrGüterKRiL). Darüber hinaus ermöglicht Art. 1 Abs. 3 VerbrGüterKRiL den Mitgliedstaaten, den Verkauf gebrauchter Güter im Wege einer öffentlichen Versteigerung, bei der die Verbraucher persönlich anwesend sein können, aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie auszunehmen. Der deutsche Gesetzgeber hat – ebenso wie der ungarische (§ 685 Buchst. e ungarisches BGB) – diese Möglichkeit wahrgenommen (§ 474 Abs. 1 S. 2 BGB) und dabei etwa an die Versteigerung von Fundsachen durch Verkehrsbetriebe gedacht.²⁰ Umstritten ist, ob die Eigenschaft einer Sache als gebraucht objektiv²¹ oder nach dem Vertragsinhalt²² zu beurteilen ist. Zweifelhaft ist, ob auch bei Tieren zwischen „neu“ und „gebraucht“ unterschieden werden kann.

V. VERTRAGSWIDRIGKEIT

1. Die Vermutung der Vertragsmäßigkeit

Zentralbegriff der Richtlinie ist die „Vertragswidrigkeit“, denn sie

löst die Rechtsbehelfe des Verbrauchers aus (Art. 3 Abs. 1 VerbrGüterKRiL). Definiert wird in der Richtlinie allerdings nicht die Vertragswidrigkeit, sondern die Vertragsmäßigkeit, und zwar mit Hilfe einer Vermutung: Art. 2 Abs. 2 VerbrGüterKRiL statuiert vier „Elemente“, bei deren Vorliegen die Vertragsmäßigkeit vermutet wird. Diese Regelungstechnik ist wenig glücklich.²³ Denn in der Rechtspraxis stellt sich weniger die Frage, ob eine Sache vertragsgemäß ist, als die Frage, ob sie vertragswidrig ist, und zwar immer dann, wenn sich der Käufer auf die Mangelhaftigkeit beruft, um Gewährleistungsrechte geltend zu machen. Für die Feststellung der Vertragswidrigkeit ist aber eine Vermutung der Vertragsmäßigkeit wenig hilfreich; daraus, dass nicht vermutet wird, das Gut sei vertragsgemäß, lässt sich nicht einmal eine Vermutung ableiten, es sei vertragswidrig.²⁴ Überdies soll die Vermutung widerlegbar sein (Begründungserwägung 8 S. 1). Wodurch sie aber widerlegt werden kann, bleibt völlig unklar. Dass eine Ware nicht vertragsgemäß ist, obwohl sie alle vier genannten Elemente erfüllt, ist kaum vorstellbar.

Teilweise wird daher vorgeschlagen, die Vermutung nicht auf die Mangelfreiheit, sondern auf den Vertragsinhalt zu beziehen:²⁵ Es wird vermutet, dass vertraglich vereinbart ist, die Sache müsse den genannten vier Elementen entsprechen, um vertragsgemäß zu sein. Eine Widerlegung ist in diesem Fall möglich und sinnvoll, indem nämlich eine andere vertragliche Vereinbarung bewiesen wird. Überdies ermöglicht diese Auslegung, eine Ware als vertragswidrig zu qualifizieren, wenn sie nicht den vermuteten vertraglichen Erfordernissen genügt. Mit dem Wortlaut der Richtlinie ist diese Auslegung freilich nur schwer vereinbar (siehe Art. 2 Abs. 2 VerbrGüterKRiL und Begründungserwägung 8).

Deutscher und ungarischer Gesetzgeber haben sinnvollerweise die Vermutungskonstruktion nicht übernommen. Im Einklang mit der Richtlinie definieren sie zwar nicht die Mangelhaftigkeit, sondern die Mangelfreiheit, aber da es sich um eine Definition und nicht nur um eine Vermutung handelt, kann der Umkehrschluss gezogen werden, bei Nichtvorliegen der aufgestellten Kriterien sei der Kaufgegenstand mangelhaft. Der Verzicht auf die Vermu-

tungskonstruktion ist für den Käufer günstig und daher zulässig (Art. 8 Abs. 2 VerbrGüterKRiL).²⁶

2. Die vier Elemente zur Bestimmung der Vertragsmäßigkeit

Schon der Begriff „Vertragsmäßigkeit“ zeigt, dass Maßstab für die Ordnungsmäßigkeit der Ware primär der Vertrag ist. So beziehen sich zwei der vier Elemente des Art. 2 Abs. 2 VerbrGüterKRiL auf den Vertragsinhalt: Die Ware muss mit der vom Verkäufer gegebenen Beschreibung und mit einer vorgelegten Probe übereinstimmen, und sie muss sich für einen vertraglich vereinbarten Verwendungszweck eignen. Die beiden weiteren Elemente sind dagegen objektiver Natur: Die Ware muss sich für die gewöhnliche Verwendung eignen und die übliche Qualität aufweisen.

Nach den Begründungserwägungen müssen die vier Elemente kumulativ vorliegen, damit die Vermutung der Vertragsmäßigkeit eingreift (Begründungserwägung 8 S. 5). Dies gilt freilich nicht einschränkungslos. Soweit ein Element offenkundig unanwendbar ist, kommen nur die anderen Elemente zum Tragen (Begründungserwägung 8 S. 6). Liegt etwa keine einschlägige vertragliche Vereinbarung vor, kommt es nur auf die objektiven Elemente an. Soweit vertragliche Vereinbarungen vorliegen, kommt ihnen Priorität gegenüber den beiden objektiven Elementen zu, denn die Richtlinie will die Vertragsfreiheit insofern nicht einschränken (Begründungserwägung 8 S. 2): Aus der vertraglichen Vereinbarung kann sich ergeben, dass sich das Gut *nicht* für die gewöhnliche Verwendung eignen oder *nicht* die übliche Qualität aufweisen muss.²⁷ Eine vertragliche Vereinbarung kann die geschuldete Qualität also gegenüber dem normalen Standard nicht nur anheben, sondern auch absenken. Ob eine vertragliche Vereinbarung abschließend ist oder nur zusätzliche Anforderungen neben den objektiven Elementen der Richtlinie aufstellen soll, ist eine Frage der Auslegung.

Ganz wesentlich ist, dass für die Bestimmung der üblichen Qualität die in der Werbung oder bei der Etikettierung gemachten öffentlichen Äußerungen des Verkäufers, des Herstellers oder dessen Vertreters über die konkreten Eigenschaften des Gutes zu berücksichtigen sind (Art. 2 Abs. 2 Buchst. d VerbrGüterKRiL).

Öffentliche Äußerungen des Verkäufers werden dabei keine große Rolle spielen, da sie in aller Regel in den Vertrag einfließen werden und schon deshalb relevant sind. Wichtig ist die Regelung aber im Hinblick auf Äußerungen des Herstellers, wobei die Richtlinie auch den Importeur und denjenigen, der sich durch Anbringung seiner Marke oder eines anderen Kennzeichens als Hersteller bezeichnet, als Hersteller ansieht (Art. 1 Abs. 2 Buchst. d VerbrGüterKRiL). Wirbt also etwa der Hersteller eines Autos mit einem bestimmten Benzinverbrauch, kann der Verbraucher gegen den *Autobändler* Gewährleistungsrechte geltend machen, wenn das Auto mehr Benzin verbraucht. Für den Händler kann dies erhebliche Belastungen mit sich bringen. Er wird durch drei Ausschlussgründe geschützt (Art. 2 Abs. 4 VerbrGüterKRiL):

Erstens haftet der Verkäufer nicht für öffentliche Äußerungen, die er nicht kannte und von denen er vernünftigerweise auch keine Kenntnis haben konnte. Der Ausdruck „konnte“ deutet dabei darauf hin, dass recht hohe Anforderungen an den Verkäufer zu stellen sind. So wird man annehmen, dass der Verkäufer generell die Werbung des Herstellers der von ihm vertriebenen Produkte in dem betreffenden Staat kennen kann;²⁸ die Kenntnis der Werbung in anderen Staaten kann man dagegen wohl nur ausnahmsweise erwarten. Entscheidend ist, ob der Verkäufer die Äußerung kannte oder kennen konnte; auf die Kenntnis oder Erkennbarkeit der Unrichtigkeit kommt es nicht an.²⁹

Zweitens haftet der Verkäufer nicht, wenn die betreffende Äußerung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses berichtigt war. Diese Berichtigung muss dabei nicht von demjenigen ausgehen, von dem die Äußerung stammt, so dass auch der Verkäufer Äußerungen des Herstellers berichtigen kann. Die Richtlinie sagt nichts über die Art und Weise der Berichtigung. Es ist aber anzunehmen – wie auch das deutsche Gesetz ausdrücklich formuliert (§ 434 Abs. 2 S. 3 BGB) –, dass die Berichtigung „in gleichwertiger Weise“ erfolgen muss, damit zu erwarten ist, dass der Käufer auch von ihr Kenntnis nimmt.³⁰ Eine Äußerung in der Fernsehwerbung kann also beispielsweise nicht durch eine kleine Zeitungsanzeige berichtigt werden.

Drittens ist die Haftung des Verkäufers ausgeschlossen, wenn die

öffentliche Äußerung die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnte. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn der Käufer die öffentliche Äußerung gar nicht gekannt hat.

3. Der relevante Zeitpunkt

Entscheidender Zeitpunkt für die Vertragsmäßigkeit ist derjenige der Lieferung (Art. 3 Abs. 1 VerbrGüterKRil). Er wird in der Richtlinie nicht näher präzisiert. Insoweit haben die Mitgliedstaaten einen gewissen Spielraum.³¹ Denn der Zeitpunkt, der für die Mangelfreiheit maßgeblich ist, ist derjenige, in dem die Gefahr vom Verkäufer auf den Käufer übergeht: In diesem Zeitpunkt bestehende Mängel gehen zu Lasten des Verkäufers, weil der Käufer insofern Gewährleistungsrechte hat, später eintretende Mängel dagegen geben dem Käufer keine Rechte gegen den Verkäufer und gehen damit zu Lasten des Käufers. Die Festlegung des Zeitpunkts des Gefahrübergangs hat die Richtlinie aber ausdrücklich den Mitgliedstaaten überlassen (Begründungserwägung 14). Es ist daher etwa zulässig, dass das deutsche Recht dann, wenn der Käufer die Ware nicht abnimmt, den Zeitpunkt für maßgeblich erklärt, in dem der Käufer in Annahmeverzug kommt (§ 446 S. 3 BGB).

Im Hinblick auf den Zeitpunkt der Vertragswidrigkeit enthält die Richtlinie eine praktisch außerordentlich wichtige Beweislastregel: Es wird vermutet, dass Vertragswidrigkeiten, die innerhalb von sechs Monaten nach der Lieferung offenbar werden, bereits zum Zeitpunkt der Lieferung bestanden (Art. 5 Abs. 3). Wird also innerhalb von sechs Monaten nach der Lieferung ein Mangel offenbar, muss der Verkäufer beweisen, dass dieser Mangel bei der Lieferung noch nicht vorlag. Eine Ausnahme gilt nur, wenn diese Vermutung mit der Art des Guts oder mit der Art des Vertragswidrigkeit unvereinbar ist; in Betracht kommt dies etwa bei verschleißbedingten Mängeln an gebrauchten Sachen.

Die Reichweite dieser Vermutung hat in Deutschland zu einer Kontroverse zwischen dem Bundesgerichtshof und weiten Teilen der juristischen Literatur geführt. Es geht dabei um Fälle, in denen innerhalb der 6-Monats-Frist ein Mangel eintritt, der im Zeitpunkt der Lieferung unstreitig noch nicht bestand. Ist die Vermutung hier unanwendbar, weil *dieser* Mangel bei Lieferung unstreitig noch

nicht vorlag, oder wird vermutet, dass der nach der Lieferung eingetretene Mangel auf einem anderen, schon bei der Lieferung vorliegenden Mangel beruht? Die Streitfrage ist von größter praktischer Bedeutung, denn sie ist immer einschlägig, wenn ein technisches Gerät bei der Lieferung noch funktioniert, dann aber innerhalb von sechs Monaten kaputtgeht. Wird dann vermutet, dass das Versagen des Geräts auf einem schon bei Lieferung vorliegenden Mangel beruht? Der Wortlaut der Richtlinie – den insofern § 305/A Abs. 2 ungarisches BGB übernimmt – spricht dafür, dass in einem solchen Fall die Vermutung nicht einschlägig ist, weil die offenbar gewordene Vertragswidrigkeit bei Lieferung noch nicht vorlag.³² Die Vermutung würde dadurch allerdings ihrer praktischen Bedeutung weitgehend beraubt. Die Richtlinie stünde jedenfalls einer Ausweitung der Vermutung durch den nationalen Gesetzgeber nicht entgegen, da diese Ausweitung für die Verbraucher günstig wäre (Art. 8 Abs. 2 VerbrGüterKRiL). Obwohl der Wortlaut der deutschen Norm eine solche Ausweitung nahelegt,³³ lehnte sie der Bundesgerichtshof ab.³⁴ In der juristischen Literatur wurde das heftig kritisiert.³⁵

4. Besondere Arten der Vertragswidrigkeit

Zwei besondere Arten der Vertragswidrigkeit werden in der Richtlinie ausdrücklich geregelt: Wenn der Verkäufer nach dem Kaufvertrag zur Montage der Ware verpflichtet ist, führt ein Mangel infolge unsachgemäßer Montage zur Vertragswidrigkeit (Art. 2 Abs. 5 S. 1 VerbrGüterKRiL). Soweit die Sache infolge der falschen Montage schon vor der Lieferung mangelhaft wird, bedarf es der Sonderregelung nicht. Sie ist aber einschlägig, wenn der Mangel infolge des Montagefehlers erst nach der Lieferung eintritt. Beispiel: Der Verkäufer schließt eine Waschmaschine falsch an, so dass Wasser in Teile der Maschine eindringt, die eigentlich trocken bleiben sollten. Nach dem Wortlaut der Vorschrift ist zweifelhaft, ob sie auch eingreift, wenn allein die Montage fehlerhaft ist, ohne dass dies zu einer Beschädigung der Sache führt. Beispiel: Der Verkäufer hängt die verkauften Küchenschränke schief auf. Der Wortlaut von § 305 Abs. 2 S. 1 ungarisches BGB legt – ebenso wie derjenige der entsprechenden deutschen Vorschrift (§ 434 Abs. 2 S. 1 BGB) –

nahe, auch in solchen Fällen eine Vertragswidrigkeit anzunehmen. Die Richtlinie lässt dies jedenfalls zu, da es für den Verbraucher günstig ist (Art. 8 Abs. 2 VerbrGüterKRiL).

Der zweite besonders geregelte Fall der Vertragswidrigkeit ist derjenige der mangelhaften Montageanleitung: Das Gut ist zur Montage durch den Verbraucher bestimmt und wird von diesem unsachgemäß montiert, weil die Montageanleitung mangelhaft ist (Art. 2 Abs. 5 S. 2 VerbrGüterKRiL). Die Richtlinie lässt hier etliche Fragen offen: Kann der Verbraucher auch Gewährleistungsrechte geltend machen, wenn er die Mangelhaftigkeit der Montageanleitung erkennt und deshalb die Montage gar nicht erst versucht? Der Wortlaut der Richtlinie erfasst diesen Fall nicht, da er eine unsachgemäße Montage voraussetzt; das Gleiche gilt für § 305 Abs. 2 S. 2 ungarisches BGB. Allerdings wäre es wenig sachgemäß, den Verbraucher dazu zu zwingen, die Montage trotz Fehlens einer ordnungsgemäßen Anleitung zu versuchen und dabei womöglich die zu montierende Sache zu beschädigen. Man könnte deshalb erwägen, die mangelhafte Montageanleitung als normalen Fall der Vertragswidrigkeit im Sinne von Art. 2 Abs. 2 VerbrGüterKRiL anzusehen – dann wäre jedoch die Sonderregelung in Art. 2 Abs. 5 S. 2 VerbrGüterKRiL überflüssig. Um diese Schwierigkeiten zu vermeiden, hat der deutsche Gesetzgeber im Gegensatz zur Richtlinie nicht die fehlerhafte Montage zur Voraussetzung der Vertragswidrigkeit gemacht, sondern die fehlerfreie Montage als Umstand ausgestaltet, der die Vertragswidrigkeit ausschließt (§ 434 Abs. 2 S. 2 BGB).³⁶ Diese Abweichung von der Richtlinie ist zulässig, weil sie für den Käufer günstig ist (Art. 8 Abs. 2 VerbrGüterKRiL).

Umstritten ist ob die VerbrGüterKRiL sich auch auf Rechtsmängel bezieht.³⁷ Dafür spricht, dass der Begriff der Vertragsmäßigkeit (Art. 2 Abs. 1 VerbrGüterKRiL) alle Arten von Mängeln abdeckt, dagegen sprechen die Entstehungsgeschichte und die Vermutungstatbestände des Art. 2 Abs. 2 VerbrGüterKRiL, die auf Sachmängel zugeschnitten sind.

Nicht erwähnt werden in der Richtlinie die Fälle, in denen eine andere Sache als die gekaufte (Aliud) oder eine zu geringe Menge

geliefert wird. Die herrschende Meinung in Deutschland nimmt an, dass die Richtlinie zumindest den Fall der Falschliefierung umfasst.³⁸

VI. Ausschluss der Haftung des Verkäufers

Die Haftung des Verkäufers ist ausgeschlossen, wenn der Verbraucher bei Vertragsschluss die Vertragswidrigkeit kannte oder vernünftigerweise nicht in Unkenntnis darüber sein konnte oder wenn sie auf den von ihm gelieferten Stoff zurückzuführen ist (Art. 2 Abs. 3 VerbrGüterKRiL).³⁹ Im Hinblick auf die Kenntnis des Käufers kommt der Vorschrift keine große praktische Bedeutung zu, da die Kenntnis häufig auf einer vertraglichen Vereinbarung beruht und dann schon von vornherein keine Vertragswidrigkeit vorliegt. Wichtig ist aber der Haftungsausschluss für Mängel, über die der Käufer vernünftigerweise nicht in Unkenntnis sein konnte. Es fragt sich, ob der Käufer die Sache vor Vertragsschluss wenigstens oberflächlich auf Mängel untersuchen muss, soweit ihm das möglich ist.⁴⁰ Die herrschende Meinung in Deutschland nimmt an, der Käufer sei prinzipiell nicht zu einer Untersuchung verpflichtet, macht von diesem Grundsatz aber eine Fülle von Ausnahmen, etwa wenn die Umstände des Falles den Käufer zu besonderer Vorsicht mahnen müssen oder wenn der Käufer besondere Sachkunde aufweist.⁴¹

VII. DIE RECHTE DES KÄUFERS BEI VERTRAGSWIDRIGKEIT

1. Überblick

Nach Art. 3 Abs. 2 VerbrGüterKRiL hat der Käufer im Falle der Vertragswidrigkeit drei Rechte:

Er kann unentgeltliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustands durch Nachbesserung oder Ersatzlieferung verlangen.

Er kann eine angemessene Minderung des Kaufpreises verlangen.

Er kann Vertragsauflösung verlangen.

Diese drei Ansprüche des Käufers stehen nicht gleichberechtigt

nebeneinander. Zunächst kann der Käufer vielmehr nur die unentgeltliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustands verlangen. Minderung des Kaufpreises oder Vertragsauflösung kann er grundsätzlich nur fordern, wenn der Verkäufer diesen Zustand innerhalb einer angemessenen Frist nicht hergestellt hat.

Die Rechte des Käufers setzen weder ein Verschulden noch ein sonstiges Vertretenmüssen des Verkäufers voraus.

2. Der Anspruch des Käufers auf Herstellung des vertragsgemäßen Zustands (Abhilfe)

Herstellung des vertragsgemäßen Zustands – in der Richtlinie auch „Abhilfe“ genannt – ist auf zwei verschiedene Arten möglich: durch Nachbesserung, also indem die gelieferte Sache in den vertragsgemäßen Zustand versetzt wird (Art. 1 Abs. 2 Buchst. f VerbrGüterKRiL), oder durch ersatzweise Lieferung einer anderen Sache. Die Wahl zwischen den beiden Arten steht dem Käufer zu (Begründungserwägung 10 Halbsatz 1). Grenzen für das Wahlrecht des Käufers ergeben sich daraus, dass er eine Art der Abhilfe nicht verlangen kann, wenn sie unmöglich oder unverhältnismäßig ist.

Für den Fall der Unmöglichkeit versteht sich dies von selbst. In Deutschland bestehen lebhaft Meinungsverschiedenheiten darüber, ob die Ersatzlieferung allein schon deswegen unmöglich sein kann, weil die Parteien eine Stückschuld vereinbart haben, die geschuldete Sache also nicht durch bestimmte Gattungsmerkmale, sondern durch Auswahl eines konkreten Stücks bezeichnet haben. Die wohl herrschende Meinung hält auch in solchen Fällen einen Anspruch auf Ersatzlieferung für gegeben, wenn die geschuldete Sache ersetzbar ist, wobei wiederum umstritten ist, ob sich diese Ersetzbarkeit nach objektiven oder nach subjektiven Merkmalen richten soll. Zur Begründung wird unter anderem auf die 16. Begründungserwägung der Richtlinie verwiesen, nach der der Verbraucher bei gebrauchten Gütern nur „in der Regel“ keinen Anspruch auf Ersatzlieferung hat. Ich halte dieses Argument nicht für überzeugend, da gebrauchte Güter keineswegs stets als Stückschulden verkauft werden, sondern auch im Rahmen einer Gattungsschuld verkauft werden können und dann selbstverständlich ein Anspruch auf Ersatzlieferung in Betracht kommt. Mit

der Problematik von Stück- und Gattungsschulden befasst sich die Richtlinie gar nicht.⁴²

Mit „Unverhältnismäßigkeit“ meint die Richtlinie ausschließlich die Unverhältnismäßigkeit der einen Art der Abhilfe im Vergleich zur anderen Art, also nicht die Unverhältnismäßigkeit der Abhilfe z. B. im Vergleich mit dem Interesse des Käufers an der Abhilfe (Art. 3 Abs. 3 S. 2 VerbrGüterKRiL am Ende, Begründungserwägung 11 S. 3).⁴³ Ich habe hier etwas Zweifel, ob § 306 Abs. 1 Buchst. a des ungarischen BGB die Richtlinie ganz richtig umsetzt, da nach seinem Wortlaut die Unverhältnismäßigkeit aus dem Vergleich mit „anderen Mängelansprüchen“ folgen kann, also wohl auch aus einem Vergleich mit dem Anspruch auf Minderung oder dem Rücktritt. Bei der Bestimmung der Unverhältnismäßigkeit zu berücksichtigen sind der Wert der Sache in vertragsgemäßigem Zustand, die Bedeutung der Vertragswidrigkeit und die Unannehmlichkeiten, die die beiden Arten der Abhilfe dem Käufer bereiten. Dabei kann keineswegs stets die teurere Art der Abhilfe als unverhältnismäßig angesehen werden, denn dadurch würde das Wahlrecht des Käufers unterlaufen. Unverhältnismäßig wird beispielsweise häufig die Reparatur einer geringwertigen Sache sein, die problemlos ersetzt werden kann, wie etwa einer Glühbirne. Umgekehrt wird normalerweise die Ersatzlieferung einer hochwertigen Sache unverhältnismäßig sein, die durch Austausch eines Einzelteils ohne weiteres repariert werden kann, wie zum Beispiel eines Autos, bei dem lediglich die Glühbirne eines Scheinwerfers defekt ist.

Die Kosten der Abhilfe hat nach Art. 3 Abs. 4 VerbrGüterKRiL der Verkäufer zu tragen. Zu ihnen zählen Transport-, Arbeits- und Materialkosten.

3. Die Ansprüche des Käufers auf Minderung des Kaufpreises und auf Vertragsauflösung

Die Ansprüche auf Minderung des Kaufpreises und auf Vertragsauflösung sind gegenüber dem Anspruch auf Herstellung des vertragsgemäßen Zustands sekundär; der Verkäufer erhält also grundsätzlich eine zweite Chance, vertragsgemäß zu leisten, bevor er weitergehende Folgen in Kauf nehmen muss. Der Anspruch auf

Minderung ist dabei keinen zusätzlichen Einschränkungen unterworfen. Vertragsauflösung kann dagegen nicht verlangt werden, wenn die Vertragswidrigkeit geringfügig ist (Art. 3 Abs. 6 VerbrGüterKRiL). Das wird insbesondere bei geringfügigen Mängeln anzunehmen sein, die sich problemlos beheben lassen. Die genaue Regelung der Durchführung der Vertragsauflösung überlässt die Richtlinie dem nationalen Recht; ausdrücklich ist vorgesehen, dass der Verkäufer Ersatz für vom Käufer aus der Sache gezogene Nutzungen verlangen kann (Begründungserwägung 15).

Minderung und Vertragsauflösung können – alternativ – in drei Fällen verlangt werden (Art. 3 Abs. 5 VerbrGüterKRiL):

Wenn der Käufer wegen Unmöglichkeit oder Unverhältnismäßigkeit weder Nachbesserung noch Ersatzlieferung verlangen kann. Ist nur der Anspruch des Käufers auf eine der beiden Arten ausgeschlossen, muss der Käufer also zunächst die andere Art verlangen, bevor er Minderung oder Vertragsauflösung fordern kann.

Wenn der Verkäufer nicht innerhalb einer angemessenen Frist den vertragsgemäßen Zustand hergestellt hat. Der Käufer muss also zunächst Abhilfe fordern und dann eine angemessene Frist warten, bevor er weitergehende Rechte geltend machen kann; eine bestimmte Frist setzen muss er nicht. Bezüglich der Länge der Frist sind die Art des Verbrauchsguts und der Zweck, für den es der Käufer benötigt, zu berücksichtigen (Art. 3 Abs. 3 S. 3 VerbrGüterKRiL).

Erstaunlich ist, dass der Käufer nach dem Wortlaut der Richtlinie offenbar auch dann noch Minderung oder Vertragsauflösung verlangen kann, wenn der Verkäufer den vertragsgemäßen Zustand hergestellt hat, dies allerdings nicht innerhalb angemessener Frist getan hat. Sinnvollerweise wird man insofern zwischen Minderung des Kaufpreises und Vertragsauflösung unterscheiden: An einer Vertragsauflösung wird der Käufer meist kein schützenswertes Interesse mehr haben, wenn inzwischen der vertragsgemäße Zustand hergestellt ist. Der Anspruch auf

Vertragsauflösung ist dann wegen Rechtsmissbrauchs ausgeschlossen; alternativ kann man den Ausschluss auch damit begründen, dass die Vertragswidrigkeit infolge der – wenn auch verspäteten – Abhilfe inzwischen nur noch geringfügig ist (Art. 3 Abs. 6 VerbrGüterKRiL).⁴⁴ Trotz der zwischenzeitlichen Abhilfe muss der Käufer jedoch Vertragsauflösung verlangen können, wenn sein Interesse an der Leistung inzwischen wegen Zeitablaufs weggefallen ist.⁴⁵ Anders verhält es sich mit der Herabsetzung des Kaufpreises: Insofern hat der Käufer auf jeden Fall ein schützenswertes Interesse, weil er auf diese Weise einen Ausgleich für die Verzögerung erlangt. Das gilt um so mehr, als die Richtlinie keine Schadensersatzansprüche vorsieht.⁴⁶

Wenn der Verkäufer den vertragsgemäßen Zustand nicht ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Käufer hergestellt hat.

Auch diese Regelung erstaunt, weil sie sich ihrem Wortlaut nach nur auf den Fall bezieht, dass inzwischen der vertragsgemäße Zustand hergestellt ist. Soweit dies bedeutet, dass der Käufer auch nach Herstellung dieses Zustands noch Minderung oder Vertragsauflösung verlangen kann, ist ebenso zu entscheiden wie bei verspäteter Herstellung.

⁴⁴ 'A & 'Zweifelhaft ist die Lage, wenn die Abhilfe noch nicht erfolgt ist, aber feststeht, dass sie nicht ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Käufer möglich sein wird. Nach dem Wortlaut von Art. 3 Abs. 4 VerbrGüterKRiL könnte der Käufer dann nicht sofort Minderung oder Vertragsauflösung verlangen, sondern müsste erst die Unannehmlichkeiten in Kauf nehmen und könnte danach Minderung oder Vertragsauflösung verlangen. Dies wäre offenkundig verfehlt. Die Lösung enthält Art. 3 Abs. 3 S. 3 VerbrGüterKRiL, nach dem die Abhilfe ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Käufer erfolgen muss. Ist dies nicht machbar, so ist die Abhilfe unmöglich, und der Käufer kann deswegen sofort Minderung oder Vertragsauflösung verlangen.⁴⁷

VIII. DIE ZEITLICHEN GRENZEN DER ANSPRÜCHE DES KÄUFERS

Die zeitlichen Grenzen für die Ansprüche des Käufers werden durch Art. 5 VerbrGüterKRiL gezogen.

Erstens wird den Mitgliedstaaten die Möglichkeit gegeben, vorzuschreiben, dass der Käufer den Verkäufer innerhalb von zwei Monaten, nachdem er die Vertragswidrigkeit festgestellt hat, unterrichten muss; sonst verliert er seine Rechte. Das nationale Recht kann also nicht verlangen, dass der Käufer innerhalb der Zwei-Monats-Frist schon einen bestimmten Anspruch geltend macht; er muss vielmehr den Verkäufer lediglich über die Vertragswidrigkeit informieren. Der deutsche Gesetzgeber hat – im Gegensatz zum ungarischen (§ 307 ungarisches BGB) – von der Möglichkeit, eine solche Rügeobliegenheit einzuführen, keinen Gebrauch gemacht.

Die Richtlinie selbst statuiert eine Zwei-Jahres-Frist ab der Lieferung für die Haftung des Verkäufers (Art. 5 Abs. 1 Verbr-GüterKRiL), wobei die Mitgliedstaaten natürlich – wie sonst auch – eine für den Käufer günstigere Regelung anordnen dürfen (Art. 8 Abs. 2 VerbrGüterKRiL). Diese Zwei-Jahres-Frist bedeutet nicht, dass das Verbrauchsgut während der ganzen zwei Jahre vertragsgemäß bleiben muss, stellt also keine Haltbarkeitsgarantie dar. Sie bezieht sich vielmehr nur auf die Rechte des Käufers wegen Mängeln, die schon bei Lieferung vorlagen (Art. 3 Abs. 1 VerbrGüterKRiL).

Nach dem Wortlaut der Richtlinie genügt es zur Wahrung der Frist, dass die Vertragswidrigkeit innerhalb der zwei Jahre „offenbar wird“, irgendeine Handlung des Käufers – wie die Anzeige der Vertragswidrigkeit an den Verkäufer oder gar die gerichtliche Geltendmachung seiner Rechte – sieht die Richtlinie nicht vor.⁴⁸ Eine derartige Frist scheint weitgehend sinnlos. Die Richtlinie ermöglicht den Mitgliedstaaten aber, eine Verjährungsfrist für die Ansprüche des Käufers zu statuieren, die frühestens zwei Jahre nach der Lieferung enden darf (Art. 5 Abs. 1 S. 2 VerbrGüterKRiL). Der Käufer muss dann innerhalb der Frist Maßnahmen ergreifen, die nach dem nationalen Recht zur Hemmung oder Unterbrechung der Verjährung führen (Begründungserwägung 17 S. 2).⁴⁹ Deutschland hat – ebenso wie Ungarn (§ 308 Abs. 4 ungarisches BGB) – von der Möglichkeit, eine Verjährungsfrist anzuordnen, Gebrauch gemacht.

Die deutschen Fristen sind dabei teilweise länger als die Mindestfrist der Richtlinie (§ 438 BGB).

IX. UNABDINGBARKEIT DER RECHTE DES KÄUFERS

Nach Art. 7 Abs. 1 S. 1 VerbrGüterKRiL dürfen vertragliche Vereinbarungen, durch die die Rechte des Käufers im Vergleich zur Richtlinie unmittelbar oder mittelbar ausgeschlossen oder beschränkt werden, für den Käufer nicht bindend sein; die Richtlinie schränkt also die Vertragsfreiheit ein. Das Verbot umfasst nicht nur Allgemeine Geschäftsbedingungen, sondern auch Individualvereinbarungen. Eine Umgehung durch die Wahl des Rechts eines Staats, der nicht Mitglied der Europäischen Gemeinschaft und deshalb nicht der Richtlinie unterworfen ist, verbietet Art. 7 Abs. 2 VerbrGüterKRiL.

Eine Ausnahme gilt nur für Vereinbarungen, die getroffen werden, nachdem der Käufer⁵⁰ den Verkäufer über die Vertragswidrigkeit unterrichtet hat, also zu einer Zeit, zu der der Käufer schon über die Vertragswidrigkeit Bescheid weiß. Denn dann besteht nicht die Gefahr, dass der Käufer das Risiko einer Vertragswidrigkeit unterschätzt und deshalb für ihn ungünstigen Regelungen zustimmt, und umgekehrt muss es möglich sein, Meinungsverschiedenheiten zwischen Käufer und Verkäufer im Vergleichsweg zu bereinigen. Überdies gibt die Richtlinie den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, vertragliche Vereinbarungen zu gestatten, die bei gebrauchten Gütern⁵¹ die Frist, während der der Verkäufer haftet, von zwei Jahren bis auf mindestens ein Jahr verkürzen (Art. 7 Abs. 1 S. 2 und 3 VerbrGüterKRiL). Der deutsche (§ 475 Abs. 2 BGB) und der ungarische (§ 308 Abs. 4 S. 3 ungarisches BGB) Gesetzgeber haben von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht.

Eine mittelbare Beschränkung der Verbraucherrechte, die die Richtlinie verbietet, liegt etwa in der Vereinbarung, dass dem Käufer der Zustand des Guts bei Abschluss des Kaufvertrags bekannt sei. Denn diese Vereinbarung ist darauf gerichtet, Rechte des Käufers wegen einer Vertragswidrigkeit nach Art. 2 Abs. 3 VerbrGüterKRiL

auszuschließen (Begründungserwägung 22 S. 2). Problematisch ist, dass die Definition der Vertragsmäßigkeit den Parteien überlassen bleibt. Die Haftung des Verkäufers lässt sich also einfach dadurch ausschließen, dass derjenige Zustand des Guts, in dem es sich befindet, als vertragsgemäß definiert wird. Hier ergeben sich schwierige Abgrenzungsprobleme zu einem mittelbaren Haftungsausschluss. Maßgeblich muss sein, ob die Klausel den Sachzustand konkret beschreibt oder lediglich pauschal festlegt, dass das Gut nicht die übliche Qualität aufweisen müsse. Denn Klauseln, die die Sachbeschaffenheit beschreiben, wird der Käufer – sofern sie wirksam in den Vertrag einbezogen und hinreichend transparent sind – bei seiner Entscheidung über den Vertragsschluss im allgemeinen berücksichtigen, weil sie ihm direkt vor Augen stellen, was er für sein Geld bekommt, während er andere Klauseln häufig als momentan nicht relevant vernachlässigen oder zumindest nicht hinreichend gewichten wird. So stellt etwa die Klausel „gekauft wie gesehen“ einen unzulässigen Haftungsausschluss dar, da sie das Gut nicht beschreibt, sondern pauschal seinen Ist-Zustand zum Soll-Zustand erklärt.⁵² Die deutsche Rechtsprechung entschied wiederholt über Fälle, in denen Gebrauchtwagen als „Bastlerfahrzeuge“ verkauft wurden, obwohl sie der Käufer zur normalen Nutzung im Straßenverkehr erwarb; dies wurde für unzulässig gehalten⁵³.

Was die Unabdingbarkeit der Käuferrechte angeht, habe ich gegen die ungarische Umsetzung der Richtlinie gewisse Bedenken. Soweit ich gesehen habe, enthält das ungarische BGB nicht eine Norm, die generell die Unabdingbarkeit anordnet, sondern tut dies jeweils bei den Einzelnormen (z. B. §§ 305 Abs. 2 S. 3, 305/A Abs. 2 S. 2, 306 Abs. 5, 308 Abs. 4 S. 2, 309 Abs. 1 S. 2 ungarisches BGB). Problematisch hieran ist zum einen, dass auf diese Weise mittelbare Beschränkungen der Verbraucherrechte – wie etwa die Vereinbarung, der Käufer kenne bei Vertragsschluss den Zustand der Kaufsache (vgl. § 305/A Abs. 1 S. 1 ungarisches BGB) – nicht erfasst werden. Problematisch ist zum zweiten, dass sich nicht bei allen Vorschriften, die zur Umsetzung der Richtlinie dienen, eine entsprechende Regelung findet. Sie fehlt etwa bei der Vorschrift über Garantien (§ 248 ungarisches BGB) und vor allem bei § 277

ungarisches BGB, der festlegt, wann die Leistung vertragsgemäß ist. Nach dem Wortlaut des Gesetzes wäre also eine Vereinbarung zulässig, die besagt, dass die Kaufsache nicht die übliche Qualität aufweisen muss. Und drittens ist die Anordnung der Nichtigkeit fragwürdig, weil sie bedeutet, dass sich auch der Käufer nicht auf die – für ihn vielleicht in Einzelfällen günstige – Klausel berufen kann. Zumindest wenig glücklich ist, dass das ungarische BGB auch Vereinbarungen verbietet, die geschlossen werden, nachdem der Käufer den Mangel schon entdeckt hat, und dadurch eine gütliche Einigung zwischen Käufer und Verkäufer erschwert.

X. GARANTIEEN

Art. 6 VerbrGüterKRiL trifft detaillierte Regelungen über Garantien.

Eine Garantie ist nach der Legaldefinition der Richtlinie „jede von einem Verkäufer oder Hersteller gegenüber dem Verbraucher ohne Aufpreis eingegangene Verpflichtung, den Kaufpreis zu erstatten, das Verbrauchsgut zu ersetzen oder nachzubessern oder in sonstiger Weise Abhilfe zu schaffen, wenn das Verbrauchsgut nicht den in der Garantieerklärung oder in der einschlägigen Werbung genannten Eigenschaften entspricht“ (Art. 1 Abs. 2 Buchst. e VerbrGüterKRiL). Da die gesetzlichen Rechte des Käufers dadurch, dass der Verkäufer eine Garantie übernimmt, nicht eingeschränkt werden können (Art. 7 Abs. 1 S. 1 VerbrGüterKRiL; siehe auch Art. 6 Abs. 2 VerbrGüterKRiL), ist unter einer Garantie also jede Vereinbarung zwischen dem Käufer und dem Verkäufer oder dem Hersteller (Art. 1 Abs. 2 Buchst. d VerbrGüterKRiL) zu verstehen, durch die die Rechte des Käufers gegenüber den gesetzlichen Rechten erweitert werden. Für den Inhalt der Garantie ist auch die „einschlägige Werbung“ maßgeblich (Art. 6 Abs. 1 VerbrGüterKRiL). Dies wirft zahlreiche Probleme auf;⁵⁴ zweifelhaft ist insbesondere, inwieweit die Grundsätze, die sich auf Werbeangaben über die Sachbeschaffenheit beziehen (Art. 2 Abs. 2 Buchst. d, Abs. 4 VerbrGüterKRiL), übertragen werden können.⁵⁵

Das Merkmal, dass die Garantie „ohne Aufpreis“ übernommen sein müsse, ist etwas missverständlich, denn natürlich wird jeder

rational handelnde Unternehmer eine Garantie, die er übernimmt, in den Preis einkalkulieren und wegen der Garantie mehr verlangen, als er ohne die Garantie verlangen würde. Gemeint ist, dass der Preis für die Garantie dem Verbraucher gegenüber nicht gesondert ausgewiesen wird, dass also der Verbraucher nicht die Wahl hat, die Sache ohne Garantie zu einem niedrigeren oder mit Garantie zu einem höheren Preis zu kaufen. Hintergrund ist, dass bei Garantien gegen Aufpreis die Informationspflichten, die die Richtlinie dem Garantiegeber auferlegt, entbehrlich scheinen; denn wenn der Verbraucher für eine Leistung zahlen muss, wird er sich im allgemeinen sorgfältiger informieren, als wenn er sie umsonst erhält.⁵⁶

Die Regelungen der Richtlinie über Garantien sollen dem Verbraucher ermöglichen, seine Rechte aus der Garantie schnell und effektiv geltend zu machen. Deshalb müssen die relevanten Informationen dem Verbraucher in einfachen und verständlichen Formulierungen mitgeteilt und auf Wunsch in Textform zur Verfügung gestellt werden. Vor allem aber will die Richtlinie eine Irreführung des Verbrauchers verhindern (Begründungserwägung 21). Deshalb muss die Garantie darlegen, dass der Verbraucher wegen der Vertragswidrigkeit des Guts auch gesetzliche Rechte hat und diese durch die Garantie nicht berührt werden. Das soll zum einen dem Missstand begegnen, dass die gesetzlichen Rechte des Verbrauchers als Garantie bezeichnet werden und dadurch der falsche Eindruck erweckt wird, der Kunde erhalte besonders günstige Konditionen.⁵⁷ Zum anderen soll es verhindern, dass der Verbraucher durch die Garantie davon abgehalten wird, seine gesetzlichen Rechte geltend zu machen.⁵⁸ Den Mitgliedstaaten wird die Möglichkeit eingeräumt, für die Garantie eine bestimmte Sprache vorzuschreiben (Art. 6 Abs. 4 VerbrGüterKRiL); der deutsche Gesetzgeber hat davon keinen Gebrauch gemacht, weil er die Anordnung, die Garantie müsse verständlich sein, für ausreichend hielt.⁵⁹

Art. 6 Abs. 5 VerbrGüterKRiL enthält die – selbstverständliche – Regelung, dass eine Verletzung der Informationspflichten die Garantie nicht unwirksam macht. Der Garantiegeber kann wegen dieser Verletzung entsprechend den nationalen Umsetzungsmaßnahmen zur Richtlinie 98/27/EG des Europäischen Parlaments

und des Rates vom 19. Mai 1998 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen⁶⁰ in Anspruch genommen werden (siehe Art. 10 VerbrGüterKRiL).

XI. RÜCKGRIFF

Für den Verkäufer, der nicht selbst Hersteller der Kaufsache ist, besteht das Risiko einer „Regressfalle“: Er selbst haftet dem Verbraucher entsprechend den Vorgaben der VerbrGüterKRiL und kann diese Haftung nicht beschränken oder ausschließen (Art. 7 Abs. 1 S. 1 VerbrGüterKRiL), im Verhältnis zu seinem eigenen Lieferanten liegt aber kein Verbrauchsgüterkauf vor, so dass er beim Rückgriff nicht den von der VerbrGüterKRiL gewährleisteten Mindeststandard genießt. Vor dieser Gefahr will die Richtlinie den Verkäufer schützen, indem sie anordnet, der Verkäufer könne den letztlich für den Mangel Verantwortlichen in Regress nehmen. Die Ausgestaltung dieses Regresses überlässt die Richtlinie dem nationalen Recht (Art. 4 VerbrGüterKRiL). Das nationale Recht kann dabei entweder dem Verkäufer einen direkten Anspruch gegen den für den Mangel Verantwortlichen – also in der Regel den Hersteller – einräumen oder einen Regress innerhalb der jeweiligen Vertragsbeziehung vorsehen, bei dem die Lieferkette stufenweise zurückverfolgt wird, also etwa vom Verkäufer gegenüber dem Großhändler und von diesem gegenüber dem Hersteller. Das nationale Recht muss dabei so ausgestaltet sein, dass dem Verkäufer eine effektive Ausübung seiner Rechte möglich ist.⁶¹ Es kann allerdings – wie die Richtlinie ausdrücklich feststellt – die Rückgriffsrechte des Verkäufers dispositiv ausgestalten (Begründungserwägung 9 S. 3 und 4). Das deutsche Recht hat sich für einen Regress innerhalb der jeweiligen Vertragsbeziehung entscheiden; der regressnehmende Verkäufer wird durch etliche Sonderregeln privilegiert (§§ 478, 479 BGB), die zu einer Fülle von Auslegungsfragen geführt haben.⁶²

Sehr geehrte Damen und Herren, ich habe versucht, Ihnen einige Probleme aufzuzeigen, die sich bei der Arbeit mit der Richtlinie ergeben können – und ich hoffe, dass ich dabei nichts

Falsches über das ungarische Recht gesagt habe. Das Europarecht verändert die Arbeit der Zivilrechtler mehr, als vielleicht manchen von uns lieb ist: Wir können nun nicht mehr einfach unser nationales Zivilgesetzbuch wie gewohnt anwenden, sondern müssen uns dabei immer überlegen, wie seine Normen im Hinblick auf die Richtlinien, die sie umsetzen, anzuwenden sind. Wir können uns bei der Lösung von Zivilrechtsfällen nicht einfach mehr auf unser höchstes nationales Gericht verlassen, sondern müssen die Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofs berücksichtigen. Arbeitsame, aber auch spannende Zeiten für Juristen!

Ihnen danke ich für Ihre Aufmerksamkeit, und mein besonderer Dank gilt Frau Szilvia Horváth für die hervorragende Übersetzung. Ich würde mich über eine spannende Diskussion freuen.

ANMERKUNGEN

- 1 Einen Überblick über die Entstehung der Haager Kaufrechtsabkommen und des CISG gibt *Schlechtriem*, in: *Schlechtriem*, Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht, 1987, S. 27 ff.
- 2 Das Einheitskaufrecht kam nur zur Anwendung, wenn die Parteien es gewählt hatten.
- 3 *Ferrari*, in: *Schlechtriem*, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 3. Aufl. 2000, Art. 2 Rz. 7.
- 4 *Grundmann*, in: *Grundmann/Bianca*, EU-Kaufrechts-Richtlinie, 2002, Einl. Rz. 5.
- 5 *Grundmann*, in: *Grundmann/Bianca*, EU-Kaufrechts-Richtlinie, 2002, Einl. Rz. 16.
- 6 ABl. EG Nr. C 307 vom 16. 10. 1996, S. 8 ff.
- 7 Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. EG Nr. L 171 vom 7. 7. 1999, S. 12 ff.
- 8 *Grundmann*, in: *Grundmann/Bianca*, EU-Kaufrechts-Richtlinie, 2002, Einl. Rz. 6.
- 9 Siehe z. B. EuGH, Urteil vom 7. 3. 1996, Rs. C-192/94 (El Corte Inglés SA), Slg. 1996, I-1281 Rz. 15 ff.
- 10 Siehe z. B. EuGH, Urteil vom 10. 4. 1984, Rs. 14/83 (von Colson und Kamann), Slg. 1984, S. 1891 Rz. 26, 28.
- 11 Siehe z. B. EuGH, Urteil vom 19. 11. 1991, verbundene Rs. C-6/90 und C-9/90 (Francovich), Slg. 1991, I-5357 Rz. 28 ff.; EuGH, Urteil vom 5. 3. 1996, verbundene Rs. C-46/93 und C-48/93 (Brasserie du pêcheur und Factortame), Slg. 1996, I-1029 Rz. 16 ff.
- 12 *Pfeiffer*, in: Anwaltkommentar Schuldrecht, 2002, Art. 11 Kauf-RL Rz. 6 f.; *Büdenbender*, Deutsches Steuerrecht (DStR) 2002, S. 312 (313 f.); *Canaris*, Karlsruher Forum 2002, S. 55; *Pfeiffer*, Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht (ZGS) 2002, S. 23 (26). Vgl. auch BGH, Urteil vom 9. 4. 2002, Neue juristische Wochenschrift (NJW) 2002, S. 1881 (1884).
- 13 EuGH, Urteil vom 17. 7. 1997, Rs. C-28/95 (Leur-Bloem), Slg. 1997, I-4161 Rz. 23 ff.
- 14 Z. B. Art. 2 der Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABl. EG Nr. L 372 vom 31. 12. 1985, S. 31 ff.; Art. 1 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 87/102/EWG des Rates vom 22. Dezember 1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbrauchercredit, ABl. EG Nr. L 42 vom 12. 2. 1987, S. 48 ff.; Art. 2 Buchst. b der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. EG Nr. L 95 vom 21. 4. 1993, S. 29 ff.; Art. 2 Nr. 2 der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl. EG Nr. L 144 vom 4. 6. 1997, S. 19 ff.
- 15 Siehe z. B. *Heinrichs*, in: *Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, 64. Aufl.

- 2005, § 13 Rz. 4. Ebenso für die Verbr-GüterKRiL *Pfeiffer*, in: *Anwaltkommentar Schuldrecht*, 2002, Art. 1 Kauf-RL Rz. 26.
- 16 So *Pfeiffer*, in: *Anwaltkommentar Schuldrecht*, 2002, Art. 1 Kauf-RL Rz. 23; *Serrano*, in: *Grundmann/Bianca*, EU-Kaufrechts-Richtlinie, 2002, Art. 1 Rz. 58; *Micklitz*, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 4. Aufl. 2001, § 14 Rz. 25.
- 17 *Giuliano/Lagarde*, Bericht über das Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, ABl. EG Nr. C 282 vom 31. 10. 1980, S. 1 ff., Hinweise zu Art. 5 EVÜ unter (2); *Pfeiffer*, in: *Anwaltkommentar Schuldrecht*, 2002, Art. 1 Kauf-RL Rz. 19.
- 18 BGH, Urteil vom 22. 12. 2004, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)* 2005, S. 357 ff.
- 19 Im Entwurf der Richtlinie in der Fassung des Gemeinsamen Standpunkts des Rates enthielt Art. 1 Abs. 4 noch die Einschränkung: „... es sei denn, daß der Verbraucher einen wesentlichen Teil der für die Herstellung oder Erzeugung notwendigen Stoffe selbst zur Verfügung zu stellen hat“ (Abl. EG Nr. C 333 vom 30. 10. 1998, S. 46 ff.). Sie wurde vom Europäischen Parlament gestrichen (Abl. EG Nr. C 98 vom 9. 4. 1999, S. 226).
- 20 Stellungnahme des Bundesrats, Bundestags-Drucksache 14/6857, S. 31.
- 21 So *Pfeiffer*, in: *Anwaltkommentar Schuldrecht*, 2002, Art. 7 Kauf-RL Rz. 7; *St. Lorenz*, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 4. Aufl. 2004, § 474 Rz. 15.
- 22 So *Faust*, in: *Bamberger/Roth*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2003, § 474 Rz. 15; *Matusche-Beckmann*, in: *Staudinger*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung 2004, § 474 Rz. 42 ff.
- 23 Siehe auch *P. Huber*, Festschrift *Henrich*, 2000, S. 297 (302 f.).
- 24 Dies verkennt Begründungs-erwägung 8 S. 3, nach dem in Ermangelung spezifischer Vertragsklauseln die in der Vermutung genannten Elemente verwendet werden können, um die Vertragswidrigkeit der Waren zu bestimmen.
- 25 *Ernst/Gsell*, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)* 2000, S. 1410 (1414); *Jorden/Lehmann*, *Juristenzeitung (JZ)* 2001, S. 952 (953).
- 26 Regierungsentwurf, Bundestags-Drucksache 14/6040, S. 212.
- 27 *Grundmann*, in: *Grundmann/Bianca*, EU-Kaufrechts-Richtlinie, 2002, Art. 2 Rz. 9.
- 28 Vgl. *Grundmann*, in: *Grundmann/Bianca*, EU-Kaufrechts-Richtlinie, 2002, Art. 2 Rz. 41.
- 29 *Pfeiffer*, in: *Anwaltkommentar Schuldrecht*, 2002, Art. 2 Kauf-RL Rz. 22; *Grundmann*, in: *Grundmann/Bianca*, EU-Kaufrechts-Richtlinie, 2002, Art. 2 Rz. 41.
- 30 *Pfeiffer*, in: *Anwaltkommentar Schuldrecht*, 2002, Art. 2 Kauf-RL Rz. 22.
- 31 *Pfeiffer*, in: *Anwaltkommentar Schuldrecht*, 2002, Art. 3 Kauf-RL Rz. 3.
- 32 *St. Lorenz*, *Neue juristische Wochenschrift (NJW)* 2004, S. 3020 (3021).
- 33 § 476 BGB: „Zeigt sich innerhalb von sechs Monaten seit Gefahrübergang ein Sachmangel, so wird

- vermutet, dass *die Sache* bereits bei Gefahrübergang *mangelhaft war...*" (Hervorhebungen hinzugefügt).
- 34 BGH, Urteil vom 2. 6. 2004, Neue juristische Wochenschrift (NJW) 2004, S. 2299 (2300). Zustimmend *Wertenbruch*, Kommentierte BGH-Rechtsprechung Lindenmaier-Möhring (LMK) 2004, S. 156.
- 35 *Looschelders/Benzenberg*, Versicherungsrecht (VersR) 2005, S. 233 f.; *St. Lorenz*, Neue juristische Wochenschrift (NJW) 2004, S. 3020 (3021); *H. Roth*, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 2004, S. 2025 ff.
- 36 Regierungsentwurf, Bundestags-Drucksache 14/6040, S. 216.
- 37 Dafür: *Grundmann/Bianca*, EU-Kaufrechts-Richtlinie, 2002, Art. 2 Rz. 14; *Bianca*, in: *Grundmann/Bianca*, EU-Kaufrechts-Richtlinie, 2002, Art. 3 Rz. 6; *Rieger*, Verbraucher und Recht (VuR) 1999, S. 287. Dagegen: Regierungsentwurf, Bundestags-Drucksache 14/6040, S. 80; *Pfeiffer*, in: Anwaltkommentar Schuldrecht, 2002, Art. 2 Kauf-RL Rz. 2; *Ernst/Gsell*, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 2000, S. 1410 (1411).
- 38 *Pfeiffer*, in: Anwaltkommentar Schuldrecht, 2002, Art. 2 Kauf-RL Rz. 5; *Grundmann*, in: *Grundmann/Bianca*, EU-Kaufrechts-Richtlinie, 2002, Art. 2 Rz. 12; *P. Huber*, Festschrift *Henrich*, 2000, S. 297 (313); *Jorden/Lehmann*, Juristenzeitung (JZ) 2001, S. 952. Anderer Ansicht *Brors*, Juristische Rundschau (JR) 2002, S. 133. Für die Einbeziehung von Zuweniglieferungen: *Pfeiffer*, in: Anwaltkommentar Schuldrecht, 2002, Art. 2 Kauf-RL Rz. 5; *Grundmann*, in: *Grundmann/Bianca*, EU-Kaufrechts-Richtlinie, 2002, Art. 2 Rz. 12;
- Jorden/Lehmann*, Juristenzeitung (JZ) 2001, S. 952. Dagegen: *Grigoleit/Riehm*, Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht (ZGS) 2002, S. 114 (121).
- 39 Die Richtlinie formuliert äußerst unglücklich, Vertragswidrigkeit liege nicht vor, wenn der Verbraucher die Vertragswidrigkeit bei Vertragsschluss kannte etc.
- 40 Dagegen *Pfeiffer*, in: Anwaltkommentar Schuldrecht, 2002, Art. 2 Kauf-RL Rz. 24; *Grundmann*, in: *Grundmann/Bianca*, EU-Kaufrechts-Richtlinie, 2002, Art. 2 Rz. 52.
- 41 Siehe *Faust*, in: *Bamberger/Roth*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2003, § 442 Rz. 20.
- 42 So auch *Pfeiffer*, in: Anwaltkommentar Schuldrecht, 2002, Art. 3 Kauf-RL Rz. 8. Siehe ausführlich mit Nachweisen zum Meinungsstand *Faust*, Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht (ZGS) 2004, S. 252 ff.
- 43 *Pfeiffer*, in: Anwaltkommentar Schuldrecht, 2002, Art. 3 Kauf-RL Rz. 9, 12.
- 44 Vgl. Regierungsentwurf, Bundestags-Drucksache 14/6040, S. 223; *Faust*, in: *Bamberger/Roth*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2003, § 437 Rz. 24; *Jud*, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2001, S. 205 (219); *Schlechtriem*, in: *Ernst/Zimmermann*, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 2001, S. 205 (219) (anders aber bei Nacherfüllung unter erheblichen Unannehmlichkeiten für den Käufer). Für ein generelles Recht auf Vertragsauflösung bei verspäteter Abhilfe dagegen *W.-H. Roth*, in: *Ernst/Zimmermann*, Zivilrechtswissenschaft und

- Schuldrechtsreform, 2001, S. 225 (244 f.).
- 45 Insofern ist von Bedeutung, dass die Richtlinie dem Käufer nur einen *Anspruch* auf Vertragsauflösung einräumt und kein entsprechendes Gestaltungsrecht (z. B. ein Rücktrittsrecht), der Käufer also nach Fristablauf die Vertragsauflösung nicht einseitig herbeiführen kann; vgl. *Pfeiffer*, in: *Anwaltkommentar Schuldrecht*, 2002, Art. 3 Kauf-RL Rz. 17. Für die Einordnung als Gestaltungsrecht dagegen *Bianca*, in: *Grundmann/Bianca*, EU-Kaufrechts-Richtlinie, 2002, Art. 3 Rz. 66 f.
- 46 Vgl. *Faust*, in: *Bamberger/Roth*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2003, § 441 Rz. 30 ff.; *Pfeiffer*, Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht (ZGS) 2002, S. 390 ff.; *W.-H. Roth*, in: *Ernst/Zimmermann*, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 2001, S. 225 (244 f.). Gegen einen Anspruch auf Minderung: *Jud*, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2001, S. 205 (219); *Schlechtriem*, in: *Ernst/Zimmermann*, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 2001, S. 205 (219) (anders dagegen bei Nacherfüllung unter erheblichen Unannehmlichkeiten für den Käufer).
- 47 Vgl. Regierungsentwurf, Bundestags-Drucksache 14/6040, S. 223; *Pfeiffer*, in: *Anwaltkommentar Schuldrecht*, 2002, Art. 3 Kauf-RL Rz. 24.
- 48 *Pfeiffer*, in: *Anwaltkommentar Schuldrecht*, 2002, Art. 5 Kauf-RL Rz. 4.
- 49 *Pfeiffer*, in: *Anwaltkommentar Schuldrecht*, 2002, Art. 5 Kauf-RL Rz. 4.
- 50 Siehe dazu, dass die Unterrichtung vom Käufer ausgehen muss, *Pfeiffer*, in: *Anwaltkommentar Schuldrecht*, 2002, Art. 7 Kauf-RL Rz. 2.
- 51 Siehe zu der Qualifikation eines Guts als gebraucht oben bei Fn. 21.
- 52 *Stijns/van Gerven*, in: *Grundmann/Bianca*, EU-Kaufrechts-Richtlinie, 2002, Art. 7 Rz. 43; *P. Huber*, Festschrift *Henrich*, 2000, S. 297 (310).
- 53 OLG Oldenburg, Beschluss vom 3. 7. 2003, Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht (ZGS) 2004, S. 75 f.; AG Marsberg, Urteil vom 9. 10. 2002, Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht (ZGS) 2003, S. 119; AG Zeven, Urteil vom 19. 12. 2002, Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht (ZGS) 2003, S. 158 (160).
- 54 Vgl. Stellungnahme Bundesrat, Bundestags-Drucksache 14/6857, S. 28.
- 55 Siehe dazu *Faust*, in: *Bamberger/Roth*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2003, § 443 Rz. 17 ff.
- 56 *Pfeiffer*, in: *Anwaltkommentar Schuldrecht*, 2002, Art. 1 Kauf-RL Rz. 35.
- 57 Vgl. Regierungsentwurf, Bundestags-Drucksache 14/6040, S. 81.
- 58 Vgl. Regierungsentwurf, Bundestags-Drucksache 14/6040, S. 246.
- 59 Regierungsentwurf, Bundestags-Drucksache 14/6040, S. 245 f.
- 60 ABl. EG Nr. L 166 vom 11. 6. 1998, S. 51 ff.
- 61 *Pfeiffer*, in: *Anwaltkommentar Schuldrecht*, 2002, Art. 4 Kauf-RL Rz. 9.
- 62 Siehe etwa *Faust*, in: *Bamberger/Roth*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2003, Kommentierung der §§ 478, 479 BGB.

PROF. DR. FLORIAN FAUST

EK-IRÁNYELV A FOGYASZTÁSI JAVAK ADÁSVÉTELÉRŐL

Fordította: Dr. Horváth Szilvia egyetemi tanársegéd (Szege­di Tudományegyetem, Állam-és Jogtudományi Kar, Agrárjogi és Környezetvédelmi Jogi Tanszék)

Tisztelt Hölgyeim és Uraim!

Magyarország közel egy éve az Európai Unió tagja. A magyar jogászok számára ez a csatlakozás olyan kihívást jelentett, amelyet egy kívülálló el sem tud képzelni. Hiszen a teljes magyar joganyagot rövid időn belül az európai jog előírásaival kellett harmonizálni. Köszönet azért az örömért és megtiszteltetésért, hogy ma Önöknek az egyik ilyen előírásról – méghozzá a fogyasztási javak adásvételéről szóló irányelvről – beszélhetek.

Megértésüket kérem azért, hogy ennek során az irányelv magyarországi átvételéről csak igen szűk körben fogok szólni – túl keveset értek ehhez, hogy komolyan beszélni tudjak róla. Mégis örülnék neki, ha az előadásomat követő vita során beszélni tudnánk az irányelv magyarországi átvételéről is.

Németországban is drámai jogi változtatásokhoz vezetett az irányelv, tekintettel arra, hogy a törvényhozó annak átvételével a teljes szerződéses jogot megreformálta. Előadásom során ki fogok térni a németországi áttünetésre, hogy lehetővé tegyem a magyarországi implementálással való összehasonlítást és rámutassak azokra a problémákra, amelyek a német joggyakorlatban az elmúlt több, mint három évben az új joganyag hatálybalépése óta felmerültek.

I. A VÉTELI JOG EGYSÉGESÍTÉSÉNEK TÖRTÉNETE

Bevezetésként szeretnék kitérni a vételi jog egységesítésének történetére. Ez ugyanis semmi esetre sem a fogyasztási cikkek adásvételéről szóló irányelvvel kezdődik, ez az irányelv sokkal inkább egy közel 80 éves fejlődés átmenetileg utolsó lépését jelenti.

A vételi jog nemzetközi egységesítését először 1929-ben Ernst Rabel, a külföldi és nemzetközi magánjog Berliini Intézetének igazgatója vetette fel. A felvetést a magánjog egységesítésére létrejött intézet (UNIDROIT) karolta fel és hozott létre egy munkacsoportot (Comité du conseil pour l'unification de la vente), amely több tervezetet készített el, míg a munkálatok 1939-ben a második világháború miatt megszakadtak. 1951-ben a hágai Vételi Jogi Konferencián folytatták tovább azokat. Ezen a konferencián létrehozott egyik bizottság („Commission Spéciale”) 1956-ban és 1963-ban új tervezeteket munkált ki, amelyekről a nemzeti kormányok – többek között a magyar is – állásfoglalást készítettek. Az 1964-es Hágai Konferencián végül két egyezményt fogadtak el a vételi jogról: Uniform Law on the International Sale of Goods (ULIS) és az Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods (ULFIS) címmel. Jóllehet nem volt nagy sikerük, hiszen csak kilenc állam vonatkozásában lépett hatályba, köztük Németország, Olaszország és korlátozásokkal Nagy-Britannia. Viszont Franciaország és az USA vonatkozásában nem. Bár Magyarország aláírta ezeket az egyezményeket, de nem ratifikálta azokat.

1968-tól az Egyesült Nemzetek Bizottsága a Nemzetközi Kereskedelmi Jogért (UNICITRAL) karolta fel a vételi jog egységesítését. 1970-től 1977-ig ülésezett az a munkacsoport, amely a hágai vételi jogi szabályokból indult ki és kidolgozta egy a vételi jogról szóló egyezmény tervezetét. Ez képezte az alapját az 1980 tavaszán Bécsben megrendezésre kerülő konferenciának, amelyen elfogadásra került az Egyesült Nemzeteknek a nemzetközi áruvétel szerződéseiről szóló egyezménye (CISG). Magyarországot ennek során Eörsi professzor úr képviselte, aki már a hágai vételi jogi szabályok kidolgozásában is résztvett. A tíz állam általi ratifikációt követően a CISG 1988-ban lépett hatályba. Mára 65 állam fogadta el

az egyezményt, legutóbb 2005. március 5-én Ciprus. Nagy-Britannia és Japán kivételével valamennyi fontos ipari állam elfogadta azt. Magyarország is az aláíró államok közé tartozik és a CISG annak hatálybalépése óta Magyarországra is vonatkozik. A CISG rendelkezéseket tartalmaz a szerződéskötésről, a felek jogairól és kötelezettségeiről, különösen a szolgáltatási problémák esetére vonatkozó jogvédelmi eszközökről. Áruk azon adásvételi szerződésére vonatkozik, amely olyan szerződő felek között jött létre, melyeknek a székhelye különböző államban van, függetlenül attól, hogy a szerződő felek vállalkozók vagy fogyasztók (CISG 1. Cikk). Olyan áru vételére vonatkozóan, amelyet személyes használatra, a családban vagy a háztartásban történő felhasználásra kötnek, elvileg a CISG nem alkalmazandó; ezáltal kívánják elkerülni a nemzeti fogyasztóvédelmi rendelkezésekkel való összeütközést. A CISG diszpozitív jog: a felek kizárhatják vagy korlátozhatják alkalmazását. Az alkalmazása során problémát vet fel, hogy nincs illetékes nemzetközi bíróság a CISG alkalmazására és ezért nincs olyan szerv sem, amely biztosítaná az egységes értelmezést. *Grundmann* arra a következtetésre jutott, hogy a CISG „inkább nemzetközi, ragyogóan dokumentált modell, mintsem egy alkalmazott és sokat látott egységes jog a nagy ipari nemzeteknél”.

II. A FOGYASZTÁSI JAVAK ADÁSVÉTELÉRŐL SZÓLÓ IRÁNYELV CÉLJA

Az Európai Közösség számára, melynek feladatai közé tartozik a Közös Piac megteremtése, nagy jelentőséggel bír a vételi jog egységesítése. Mivel a Közös Piac csak akkor fejleszthető, ha nemcsak a vállalkozók, hanem a fogyasztók is kihasználják azt a lehetőséget, amelyet számukra az áruk szabad áramlásának biztosítása nyújt és az áruk iránti igényeiket más tagállamban is ki tudják elégíteni. Gyakorlati szempontból ezt az új kommunikációs eszközök – különösen az internet – igen nagy mértékben megkönnyítik (lásd az irányelv preambuluma 4. bekezdésbeli pontját). Jóllehet egy másik államban történő vétel a fogyasztók részére számos jogbizonytalanságot von maga után, mivel ők nem tudják, milyen jogokkal rendelkeznek a megvásárolt árunál felmerülő hiba

esetén. Ez a jogbizonytalanság éppen az ésszerűen eljáró fogyasztókat tarthatja vissza attól, hogy a közös piac előnyeit kihasználják. A ráfordítás, amelyet azért kell kifejteniük, hogy a másik államban érvényesülő jogi helyzetről informálódjanak, többnyire meghaladja azokat az előnyöket, amelyeket nekik a vétel a hazai országban történő vételhez képest nyújt – mint például az alacsonyabb ár – ; annál is inkább, mert egy határokat átlépő üzlet egyébként is hátrányokat jelent jogi szempontból – mint például az igények nehézkes érvényesítése. Így egy közvéleménykutatás alkalmával a fogyasztók 52%-a a jogbizonytalanságot jelölte meg annak okaként, hogy a külföldön történő vételtől eltekintenek; a nyelvi problémát mindösszesen 40%-uk jelölte meg. A fogyasztói jogok közös minimum szintjének megalkotása, amely a Közösségben érvényesül függetlenül az áruk vásárlásának helyétől, erősíti a fogyasztók bizalmát és arra ösztönzi őket, hogy ténylegesen is kihasználják a közös piac nyújtotta lehetőségeket. (lásd a preambulum 5. bekezdésbeli pontját)

1996. augusztusában az Európai Bizottság előterjesztette a fogyasztási cikkek adásvételének és a kapcsolódó jótállásnak egyes vonatkozásairól szóló irányelv tervezetét, majd 1999. május 25-én fogadták el azt. Az irányelv szabályozási területe sokkal kevésbé átfogó, mint a CISG-é: az irányelv szűken koncentrál a dolog hibájával kapcsolatos vevői jogokra és nem tartalmaz rendelkezést a szerződés megkötéséről, a vevő és az eladó primer igényeiről, az eladó jogairól a vevő szerződésszegése esetére, még a vevő kártérítési igényei sem kerültek szabályozásra. Amire vonatkozólag azonban az irányelv rendelkezéseket tartalmaz, azokkal kapcsolatban a CISG modellhez orientálódik, jöllehet alkalmazási területeik teljesen különbözőek: a fogyasztási cikkek adásvételéről szóló irányelv a magáncélú vételekre érvényes, míg a CISG elviekben éppen a személyes használatra szánt áruk vételeire nem alkalmazható (CISG 2. Cikk a.). Amíg a CISG csak határokat átlépő szerződésekkel foglalkozik, addig az irányelv egyaránt vonatkozik határokat átlépő, valamint az államon belüli szerződésekre. A CISG-től a felek eltekinthetnek, az irányelv azonban messzemenőikig kötelező jog (irányelv 7. Cikk). A gyakorlati alkalmazása az irányelvnek ezért összehasonlíthatatlanul fontosabb, mint a CISG-é.

III. A FOGYASZTÁSI CIKKEK ADÁSVÉTELÉRŐL SZÓLÓ IRÁNYELV ÉS A NEMZETI JOG

Mint minden irányelvet, így a fogyasztási cikkek adásvételéről szóló irányelvet is át kell ültetni a nemzeti jogba. Ez a nemzeti jog érvényesül a vevő és az eladó viszonylatában, nem az irányelv, mert az irányelvek nem fejtenek ki horizontális harmadlagos hatást. A Közösség akkori tagállamainak az irányelvet 2002. január 1-jéig kellett átvenniük. (11. Cikk 1. mondat). Ennek a kötelezettségnek messze nem tett valamennyi állam pontosan eleget. Mivel az irányelv csak azt a minimális védelmet határozza meg, amelyet a fogyasztónak élveznie kell, a tagállamok az átvétel során a fogyasztóknak további jogokat biztosíthatnak (8. cikk)

A központi kérdés, amely a tagállamok részéről az implementálás során felmerült, az volt, vajon egy önálló törvényt kell-e alkotni csak a fogyasztási cikkek adásvételéről, melynek alkalmazási területe megfelel az irányelvben rögzített hatálynak, vagy az általános vételi jogot kell az irányelvhez harmonizálni. Németország – csakúgy, mint Magyarország is – a második utat választotta és néhány jogszabály, amelyek speciálisan fogyasztóvédelminek tekintendők, alkalmazhatóságát korlátozta a fogyasztási cikkek adásvételére (német BGB 474-479 §)

Teljesen elhibázott lenne, azt feltételezni, hogy az irányelv nemzeti jogba való átültetésével az irányelv teljesen elveszítette volna jelentőségét. A jogalkalmazónak az irányelvet a nemzeti implementáló jogszabály alkalmazásakor mindig a „tudatalattijában” kellene tárolnia, mert a nemzeti jogot az irányelvvel konform módon kell értelmezni. A nemzeti jog által nyújtott mozgásteret tehát annak értelmezése során úgy kell kitölteni, hogy az tekintettel legyen az irányelv szözszerinti szövegére és annak céljára. Ha a nemzeti jog alkalmazása során kétség merülne fel az irányelv tartalmát illetően, akkor a nemzeti bíróság az Európai Közösségről szóló szerződés 234. cikke értelmében előzetes döntéshozatali eljárást kezdeményezhet az Európai Bíróság előtt, az a bíróság, melynek döntése ellen nincs helye jogorvoslatnak, köteles is ezt megtenni. Ilyen módon az Európai Bíróság fog gondoskodni a tagállamokban az

irányelv egységes értelmezéséről és ezáltal fogja alakítani a nemzeti vételi jogok alkalmazását. Amennyiben a nemzeti jog nem teszi lehetővé az irányelvkonform értelmezést és így az ellentmond az irányelvnek, az, aki ennek okán károsul, kártérítési igénnyel léphet fel az adott tagállam ellen az irányelv nem kielégítő átültetése miatt.

Ha a nemzeti jogalkotó – úgy mint Németországban és Magyarországon – az irányelv átültetésekor nem fogadott el egy speciális törvényt a fogyasztási cikkek adásvételéről, hanem az általános vételi jogot igazította az irányelvhez, felmerül a kérdés, hogy az irányelvkonform értelmezés azokban az esetekben is megvalósul-e, amelyek az irányelv alkalmazási területén kívül esnek, ha például mindkét szerződő fél üzletember. Németországban ez általánosan érvényesül, ha nem speciális fogyasztóvédelmi igényekről van szó. Amennyiben a nemzeti jogot azokban az esetekben is az irányelvnek megfelelő módon kell értelmezni, amelyek az irányelv alkalmazási területén kívül esnek; a nemzeti bíróság ilyen esetekben is fordulhat az EK szerződés 234. cikke értelmében az irányelv alkalmazásának kérdésében az Európai Bírósághoz.

IV. A FOGYASZTÁSI CIKKEK ADÁSVÉTELÉRŐL SZÓLÓ IRÁNYELV ALKALMAZÁSI TERÜLETÉRŐL

Ahogy már a címe is jelzi, az irányelv a „fogyasztási cikkekre” vonatkozik. Ezt a fogalmat kimondottan szerencsétlen módon választották ki, mégis azt sugallja, hogy a vásárolt javak ezen fajtája döntő az irányelv alkalmazhatósága szempontjából – a „fogyasztási cikk” fogalma önkéntelenül is olyan cikkekre enged gondolni, mint papírzsebkendő vagy élelmiszer, semmi esetre sem autókra vagy számítógépekre. A valóságban a megvásárolt cikk fajtája az irányelv alkalmazhatósága szempontjából teljesen alárendelt szerepet játszik. Az irányelv minden dologra vonatkozik, az ingatlan, a víz és a gáz kivételével, amelyeket nem korlátozott térfogatban vagy meghatározott mennyiségben ajánlanak fel, és a villamos energia kivételével. (1. cikk (2) b.) Ezzel szemben központi jelentősége van a felek állásának: a vevőnek fogyasztónak kell lennie, az eladónak pedig nem. A „fogyasztó” definíciója az irányelv 1. cikk (2) a. pontja

szerint megfelel a más irányelvekben használt fogalomnak. A fogyasztói minőség meghatározása tekintetében például nem az érintett személy tulajdonsága (pl. foglalkozása) az irányadó, hanem azon szerepe, amely alapján adásvételi szerződés megkötésénél jár el: nem járhat el gazdasági vagy szakmai tevékenysége körében. Az az ügyvéd, aki egy számítógépet vásárol az irodája számára, tehát nem fogyasztó, amennyiben azonban ugyanaz az ügyvéd a számítógépet a lányának vásárolja ajándékba, úgy ő fogyasztónak minősül. Nehézségek merülnek fel, ha ugyanaz a tárgy mind szakmai, mind magáncélra alkalmazásra kerül, az ügyvéd például a megvásárolt számítógépen mind dokumentumokat kíván szerkeszteni, mind a nyaraláson készült fotókat kívánja azon kidolgozni. A Németországban uralkodó álláspont szerint az a döntő, hogy melyik cél áll az előtérben. Kétséges az is, hogy az irányelv a „szakmai tevékenység” alatt csak az önálló szakmai tevékenységet érti vagy a munkaviszony keretében kifejtett szakmai tevékenységet is: azaz amennyiben egy tanár, aki számítógépet vásárol azért, hogy azt szakmai tevékenységéhez használja, az irányelv értelmében fogyasztó-e. A német törvényhozó a fogyasztó definíciója során úgy döntött, hogy a fogyasztó fogalmából csak azok vehetők ki, akik a szakmai tevékenységüket önállóan végzik. (BGB 13. §)

Az irányelv szövege szerint nem azon múlik, hogy vajon az eladó felismerhette-e, hogy a vevő, mint fogyasztó cselekszik. Ez a forgalom védelme szempontjából jelentős problémákat vet fel, mivel az eladó lehetőség szerint a fogyasztási cikkek adásvételéről szóló szabályozásoknak van alávetve, anélkül, hogy ő ezt felismerhette és azt a megkívánt vételárba bekalkulálhatta volna. A jogirodalom ezért azt javasolja, hogy a vevőnek a fogyasztói tulajdonságára való hivatkozását zárják ki, ha az eladó ezt sem nem ismerte, sem nem ismerhette fel. A Német Szövetségi Bíróság 2004. decemberében egy olyan esetben hozott döntést, amelyben egy autó vevője az eladót a tekintetben tévesztette meg, hogy ő nem fogyasztó, mert ő tudta, hogy az eladó különben nem szavatolna a hibákért és ezért nem akarta volna azt egy fogyasztónak eladni. A Bíróság azon az állásponton volt, hogy ilyen körülmények között a vevő nem hivatkozhat a fogyasztási cikkek adásvételéről szóló előírásokra. A rosszhiszeműen megtévesztett eladónak a vevőt annak helytelen megállapítása

alapján kell számon tartania, az a lehetőség, hogy a rosszhiszemű megtévesztés miatt a szerződés érvényteleníthető (BGB 123. §), nem fogja őt kielégítően védeni.

Az irányelv az adásvételi szerződésekre vonatkozik. Az 1. cikk (4) bekezdése szerint ez alá tartoznak azok a szerződések is, amelyek a legyártandó vagy előállítandó fogyasztási cikk átadására vonatkoznak, és jöllehet – ahogy a jogalkotástörténet egyértelműen mutatja – akkor is, ha az anyag, amelyből a dolgot előállítják, a vevőtől származik (vö. 2. cikk (3)). Kivételt csak a végrehajtás vagy más bírósági intézkedés alapján történő értékesítések jelentenek (1. cikk (2) b.). Ebből kifolyólag az 1. cikk (3) bekezdés lehetővé teszi a tagállamoknak, hogy a használt áruk értékesítését nyilvános árverés útján, melynek során a fogyasztók személyesen jelen lehetnek, az irányelv hatálya alól kivegyék. A német jogalkotó – éppen úgy, ahogyan a magyar is (Ptk. 685. § e) – élt ezzel a lehetőséggel (BGB 474. § (1) 2. mondat) és ennek során például a közforgalmú közlekedési eszközökön talált tárgyak árverés útján történő értékesítésére gondolt. Vitatott, hogy a dolog használt tulajdonságát objektíven vagy a szerződés tartalma szerint kell-e megítélni. Kétséges továbbá, hogy állatok esetén az „új” és a „használt” között hogyan kell különbséget tenni.

V. HIBÁS TELJESÍTÉS

A hibás teljesítés vételeme

Az irányelv központi fogalma a „hibás teljesítés”, mert az váltja ki a fogyasztó jogorvoslati igényeit (3. cikk (1)). Jöllehet az irányelv a hibás teljesítés fogalmát nem definiálja, hanem csak a szerződésszerűséget, méghozzá egy vélelem segítségével: 2. cikk (2) négy elemet határoz meg, melyek fennállása esetén a szerződésszerűséget vélelmezni kell. A szabályozási technika kevésbé szerencsés. Hiszen a joggyakorlatban kevésbé merül fel az a kérdés, hogy egy dolog szerződésszerű-e, hanem sokkal inkább az, hogy az szerződésellenes-e és mindig akkor, amikor a vevő hiányosságra/fogyatékosságra hivatkozik annak érdekében, hogy a szavatossági jogait érvényesítse. A hibás teljesítés (szerződésellenesség) megál-

lapításához azonban a szerződésszerűség vélelme kevésbé nyújt segítséget; abból, hogy nem vélelmezzük, hogy az árucikk szerződésszerű, még annak vélelme sem vezethető le, hogy az szerződésellenes. Ebből kifolyólag a vélelem megdönthető kell, hogy legyen (lásd az irányelv indoklásának 8. pontjának első mondatát.) Azonban az, hogy mivel dönthető meg ez a vélelem, teljesen tisztázatlan marad. Az, hogy egy árucikk nem szerződésszerű, jóllehet mind a négy elemet teljesíti, alig képzelhető el.

Ezért részben az javasolandó, hogy a vélelem ne a hiánytalanságra/hibátlanságra, hanem a szerződés tartalmára vonatkozzék. Vélelmezzük, hogy szerződésileg megegyezésre került, hogy a dolog feleljen meg a megnevezett négy elemnek, ahhoz, hogy szerződésszerű legyen. Ebben az esetben a megdöntés akkor lehetséges és ésszerű, ha egy másik tartalmú szerződéses megállapodás bebizonyítható. Ebből kifolyólag az értelmezés lehetővé teszi, hogy az árut hibásnak (nem szerződésszerűen teljesítettnek) minősítsük, amennyiben az a vélelmezett szerződéses követelményeknek nem felelne meg. Az irányelv szó szerinti szövegével ez az értelmezés azonban csak nehezen egyeztethető össze (ld. 2. cikk (2) és az indoklás 8. pontját).

A német és a magyar jogalkotók értelemszerűen nem vették át a vélelmezési konstrukciót. Az irányelvvel összhangban ők jóllehet nem a hiányosságot/fogyatékoságot definiálják, hanem a hiánytalanságot, de mivel nem egy definícióról, hanem egy vélelemről van szó, arra a végkövetkeztetésre jutottak, hogy a fent nevezett kritériumok hiánya esetében a vétel tárgya hibás. A vélelmezési konstrukcióról való lemondás a vevő számára kedvező és ezért megengedett (8. cikk (2)).

A szerződésszerűség fennállásához szükséges négy elem

Már a „szerződésszerűség” fogalma mutatja, hogy az áru rendeltetésszerűségének mértéke elsősorban a szerződés. Így a 2. cikk (2)-ben meghatározott négy elem közül kettő a szerződés tartalmára hivatkozik: a fogyasztási cikknek meg kell felelnie az eladó által adott leírásnak, és rendelkeznie kell az eladó által a fogyasztónak bemutatott próba tulajdonságaival, és alkalmasnak kell lennie a szerződésben meghatározott felhasználási célra. Ezzel szemben a

két további elem objektív természetű: a fogyasztási cikknek alkalmasnak kell lennie a szokásos használatra és a szokásos minőséget kell felmutatnia. A Preambulum bekezdése alapján a négy elemnek kumulatíván kell fennállnia, azért, hogy a szerződésszerűség vélelme érvényesülhessen (8. preambulumbekkezdés 5. mondata). Ez természetesen nem érvényesül korlátozásmentesen. Amennyiben az egyik elem köztudomásúan nem alkalmazható, csak a többi elem kerül alkalmazásra (8. preambulumbekkezdés 6. mondata). Amennyiben nincs megfelelő szerződéses megállapodás, úgy ez csak az objektív elemektől függ. Amennyiben szerződéses megállapodás áll fenn, úgy a másik kettő objektív elemmel szemben prioritásuk van, mert az irányelv ebből a szempontból nem kívánja korlátozni a szerződéses szabadságot (8. preambulumbekkezdés 2. mondata). A szerződéses megállapodásból adódhat, hogy a fogyasztási cikknek nem kell alkalmasnak lennie a szokásos használatra, vagy nem kell a szokásos minőséget felmutatnia. Egy szerződéses megállapodás a vállalt minőséget tehát a normál standarddal szemben nem csak megemelheti, hanem le is csökkentheti. Az, hogy egy szerződéses megállapodás megkötött-e, vagy az irányelv objektív elemei mellett kell-e elhelyezni, értelmezési kérdés.

Igen jelentős az, hogy a szokásos minőség megállapítása során az eladónak, a gyártónak vagy képviselőjének a fogyasztási cikk konkrét tulajdonságaira vonatkozó, különösen a reklámozás során vagy a címkén megjelenő, nyilvános kijelentéseit figyelembe kell venni. (2. cikk (2) d). Az eladó nyilvános kijelentései ennek során nem játszanak nagy szerepet, mivel az rendszerint belekerül a szerződésbe, és már így releváns. Fontos azonban a kijelentések vonatkozásában az a szabályozás, miszerint az irányelv az importőrt, valamint azt, aki a fogyasztási cikket elhelyezett nevével, védjeggyel vagy egyéb megkülönböztető jelzés alkalmazásával önmagát gyártóként tünteti fel, egyaránt gyártónak tekinti. (1. cikk (2) d) pont). Tehát amennyiben az autó gyártója egy gépkocsit meghatározott benzinfoogyasztással reklámoz, a fogyasztó szavatossági igénnyel léphet fel az autókereskedővel szemben, ha az autó több benzint fogyaszt. Ez a kereskedő részére jelentős terheket vonhat maga után. Három kizáró ok védi őt (2. cikk (4)).

Először is az eladó nem felel azokért a nyilvános kijelentésekért,

amelyekről nem tudott és amelyekről ésszerűen eljárva nem is kellett tudnia. A „kellett tudnia” kifejezés arra utal, hogy igen magas követelményeket kell az eladóval szemben állítani. Így elfogadjuk, hogy az eladó általában tudhat az általa forgalmazott termékek gyártójának reklámjáról; a más államokban közzétett reklámokról való tudomás ezzel szemben csak kivételes esetekben várható el. Döntő, hogy az eladó tudott-e vagy tudnia kellett-e a kijelentésekről, ez a helytelenség ismeretén vagy felismerhetőségén nem múlik.

Másodsorban az eladó nem felel, ha az érintett kijelentést a szerződéskötés időpontjáig helyesbítették. Ez a helyesbítés attól a személytől kell, hogy származzon, akitől az eredeti kijelentés ered, úgy, hogy a gyártó kijelentését az eladó is helyesbítheti. Az irányelv nem mond semmit a helyesbítés módjáról és mikéntjéről. De feltételezni kell – ahogyan a német törvény is nyomatékosan fogalmaz (BGB 434. § (2) 3. mondat) –, hogy helyesbítés „azonos értékű módon” kell, hogy történjen, így elvárható, hogy a vevő erről is tudomást szerez. Például a televízióban tett reklámkijelentést nem lehet egy kisebb újsághirdetésben helyesbíteni.

Harmadrészt kizárt az eladó felelőssége, ha a nyilvános kijelentés a fogyasztási cikk megvételére vonatkozó elhatározást nem befolyásolhatta. Ez az eset főként akkor forog fenn, ha a vevő egyáltalán nem ismerte a nyilvános kijelentést.

A releváns időpont

A szerződésszerűség szempontjából döntő időpont az átadás (3. cikk (1)). Ez az irányelvben nem került közelebbről pontosításra. Így a tagállamoknak van egy bizonyos játéktérük. Mivel az időpont, amely a hibátlan teljesítés szempontjából mérvadó, az, amikor az eladóról a vevőre száll át a kárveszély. Az ebben az időpontban fennálló hibák az eladót terhelik, mert a vevőnek ebből a szempontból szavatossági jogai vannak, míg ezzel szemben a később felmerülő hibák a vevőnek nem adnak jogokat az eladóval szemben és így azok a vevőt terhelik. A kárveszélyátzállás időpontjának meghatározását az irányelv viszont kifejezetten a tagállamokra bízta (14. preambulumbekzdés). Ezért például megengedett, hogy a német jog akkor, amikor a vevő a fogyasztási cikket nem veszi át, azt az időpontot te-

kintse mértékadónak, amikor a vevő az átvétellel/elfogadással késedelembe esik (BGB 446. § 3. mondat).

A szerződésellenesség időpontjára tekintettel az irányelv gyakorlati szempontból egy rendkívül fontos bizonyítási szabályt tartalmaz: vélelmezni kell, hogy a fogyasztási cikk átadásától számított hat hónapon belül megnyilvánult hiba már az átadás időpontjában létezett (5. cikk (3)). Tehát amennyiben az átadást követő 6 hónapon belül felmerül egy hiba, az eladónak kell bizonyítania, hogy ez a hiba az átadás időpontjában nem állt fenn. Kivétel akkor van csak, ha ez a vélelem nem egyeztethető össze a fogyasztási cikk természetével vagy a hiba jellegével; erre például a használt cikkek kopási hibáinál kell figyelemmel lenni.

Ezen vélelem terjedelme Németországban vitához vezetett a Szövetségi Bíróság és a széleskörű jogász irodalom között. Olyan esetekről van itt szó, amelyekben 6 hónapon belül merül fel egy olyan hiba, amely az átadás időpontjában vitathatatlanul még nem állt fenn. Itt a vélelem nem alkalmazható, mert a hiba a fogyasztási cikk átadásakor még vitathatatlanul nem állt fenn vagy vélelmezni kell, hogy az átadás után fellépő hiba egy másik, már az átadásakor fennálló hibán alapszik? A vitás kérdésnek igen nagy gyakorlati jelentősége van, mert ez mindig fennáll, ha egy technikai berendezés az átadásakor még működik, de azután 6 hónapon belül tönkremegy. Ilyenkor vélelmezni kell, hogy a berendezés meghibásodása már az átadásakor fennálló hibán alapszik-e vagy sem? Az irányelv szószerinti szövege – melyet a magyar Ptk. 305/A. § (2) bekezdése is átvett – azt mondja, hogy ilyen esetben a vélelem nem áll fenn, mert az átadásakor a nyilvánvalóvá vált hibás teljesítés még nem állt fenn. Ezáltal mindenképpen jelentős mértékben veszített a vélelem a gyakorlati jelentőségéből. Az irányelv nem állja útját a vélelem nemzeti jogalkotók általi kiterjesztésének, mivel a kiterjesztés a fogyasztók számára előnyös. (8. cikk (2)). Jóllehet a német jogszabály szószerinti szövege közel van egy ilyen kiterjesztéshez, a Szövetségi Bíróság azt mégis elutasította. A jogi szakirodalom ezt hevesen bírálta.

4. A hibás teljesítés különös módjai

Két különös módját szabályozza az irányelv kifejezetten a hibás teljesítésnek:

Amennyiben az eladót terheli az adásvételi szerződés szerint a fogyasztási cikk összeszerelése, a szakszerűtlen összeszerelésből eredő hiba hibás teljesítéshez vezet (2. cikk (5) 1. mondat). Amennyiben a fogyasztási cikk a szakszerűtlen összeszerelés miatt már az átadás előtt is hibás, úgy arra nem vonatkozik ez a külön szabály. Fennáll azonban akkor, ha a szakszerűtlen összeszerelésből eredő hiba csak az átadás után jelentkezik. Például az eladó szakszerűtlenül köt be egy mosógépet, úgy, hogy a víz a mosógép olyan részeibe áramlik, amelyeknek elvileg száraznak kell maradniuk. Az előírás szó szerinti szövege szerint kétséges az, hogy ez akkor is érvényesül-e, ha a kizárólag az összeszerelés hibás, anélkül, hogy az a fogyasztási cikk károsodásához vezetne. Például: az eladó az eladott hűtőszekrényt ferdén függeszti fel. A magyar Ptk. 305. § (2) bekezdésének 1. mondata közel áll ahhoz, – ugyanúgy, ahogy a megfelelő német szabályozás is (BGB 434. § (2) 1. mondata) –, hogy ilyen esetekben is feltételezzük a hibás teljesítést. Az irányelv mindenesetre ezt megengedi, mivel ez a fogyasztó számára előnyös (8. cikk (2)).

A hibás teljesítés másik külön szabályozott esete a szerelési utasítások hibája: a fogyasztási cikket a fogyasztónak kell összeszerelnie és ő azt azért szereli össze szakszerűtlenül, mert a szerelési utasítás hibás. (2. cikk (5) 2. mondata). Az irányelv itt nyitva hagyja a kérdést: a fogyasztó akkor is érvényesítheti szavatossági igényeit, ha ő felismeri a szerelési utasítások hibáját és ezért annak összeszerelését meg sem próbálja? Az irányelv szó szerinti szövege erre nem tér ki, mivel ő egy szakszerűtlen összeszerelést feltételez; ugyanez vonatkozik a magyar Ptk. 305. § (2) 2. mondatára. Mindenesetre kevésbé lenne szakszerű a fogyasztót arra kényszeríteni, hogy az összeszerelést a rendeltetésszerű szerelési utasítások hiányában is kísérelje meg és ennek során akár károsítsa az összeszerelendő dolgot. Ezért az megfontolandó, hogy a hibás szerelési utasításokra, mint a hibás teljesítés normál esetére tekintünk az irányelv 2. cikk (2) bekezdése értelmében – akkor vi-

szont a 2. cikk (5) bekezdésének 2. mondata szerinti külön szabály felesleges lenne. Azért, hogy ezeket a nehézségeket elkerüljük, a német jogalkotó az irányelvvel ellentétben nem a szakszerűtlen összeszerelést tette a hibás teljesítés feltételévé, hanem a hibátlan összeszerelést; ezt olyan körülményként alakította ki, amely a kizárja a hibás teljesítést (BGB 434. § (2) 2. mondat). Ez az eltérés az irányelvtől megengedett, mivel ez a fogyasztók részére előnyös (8. cikk (2)).

Vitatott az is, hogy vajon az irányelv vonatkozik-e a jogi hibára. Emellett szól, hogy a szerződésszerűség fogalma (2. cikk (1)) valamennyi hiba fajtát lefedi, ez ellen szól azonban az irányelv kialakulási története és a 2. cikk (2) bekezdésének vélelmezési tényállásai, amelyek a kellékhányra vonatkoznak.

Az irányelvben nem kerülnek említésre azok az esetek, amelyekben nem a megvásárolt cikket, hanem egy másikat adnak át (aliud) vagy amikor kevesebb mennyiséget teljesítenek. Németországban azt az uralkodó álláspontot fogadják el, hogy az irányelv legalább a hibás átadás esetét átfogja.

VI. AZ ELADÓ FELELŐSSÉGÉNEK KIZÁRÁSA

Az eladó felelőssége kizárt, ha a fogyasztó a szerződés megkötésekor a hibáról tudott vagy arról ésszerűen eljárva tudnia kellett, illetve ha a szerződésnek való megfelelés hiányát a fogyasztó által adott anyag okozta (2. cikk (3) bek.). Tekintettel a vevő tudomására a szabálynak nincs túl nagy gyakorlati jelentősége, mivel a tudomás gyakran a szerződéses megállapodáson nyugszik és így már eleve nem áll fenn hibás teljesítés. Fontos azonban a felelősség kizárása azokra a hibákra nézve, amelyekről a vevőnek ésszerűen eljárva nem kellett tudnia. Felmerül a kérdés, vajon a vevőnek a fogyasztási cikket a szerződés megkötése előtt akárcsak felületesen is a hibák vonatkozásában meg kell-e vizsgálnia, amennyiben neki erre lehetősége van. Németországban azt az uralkodó álláspontot fogadták el, hogy a vevő elviekben nem köteles azt átvizsgálni, ezen alapelv alól azonban számos kivétel van: ha az eset körülményei a

vevőt különösen nagy körültekintésre készítetik, vagy amennyiben a vevőnek különösen nagy szakértelme van.

VII. A VEVŐ JOGAI HIBÁS TELJESÍTÉS ESETÉN

Áttekintés

Az irányelv 3. cikk (2) bekezdése szerint a vevőnek hibás teljesítés esetén három jogosultsága van:

- követelheti a szerződésszerű állapotnak kijavítás vagy kicserélés formájában történő térítésmentes helyreállítását;
- követelheti a vételár megfelelő leszállítását;
- elállhat a szerződéstől.

A vevő e három igénye nem azonos jogosultságoként áll egymás mellett. Mindenekelőtt a vevő sokkal inkább követelheti a szerződésszerű állapot térítésmentes helyreállítását. A vételár leszállítását akkor követelheti, illetve a szerződéstől alapvetően csak akkor állhat el, ha az eladó ezt az állapotot a meghatározott határidőn belül nem állítja helyre.

A vevő jogai sem a vétkességet, sem az eladó egyéb képviseleti követelményét nem feltételezik.

A vevő szerződésszerű állapot helyreállítása iránti igénye (orvoslás)

A szerződésszerű állapot helyreállítása – az irányelvben „orvoslásnak” is nevezik – két módon lehetséges: kijavítás útján, akként, hogy az átadott fogyasztási cikket a szerződésnek megfelelővé teszik (1. cikk (2) f) pont), vagy kicserélés formájában. A két lehetőség közötti választás a vevő joga (10. indokolási pont 1. félmondat). A vevő választási jogának korlátozása abból adódhat, hogy az orvoslás valamely módját nem követelheti, ha az lehetetlen vagy aránytalan.

A lehetetlenség esete magától értendő. Németországban véleménykülönbségek léteznek arról, vajon a kicserélés csupán azért lehet lehetetlen, mert a felek egyedi kötelelem szolgáltatásban állapodtak meg, tehát a szolgáltatandó dolgot nem lehet bizonyos

fajlagos jegyek alapján meghatározni, hanem kizárólag egy konkrét darab kiválasztásával.

Az uralkodó álláspont ilyen esetekben is adottnak tekinti a kicserélésre való igényt, ha a hibás áru helyettesíthető, aminél megint csak vitatható, hogy ezt a helyettesíthetőséget objektív vagy szubjektív jegyek alapján kell vizsgálni. Indokolásként az irányelv 16-os preambulumbekkezdésében foglaltakra mutatnak rá, amely szerint a fogyasztó használt áruk esetében csak „általában” nem tarthat igényt a kicserélésre. Ezt az érvet én nem tartom meggyőzőnek, mivel a használt fogyasztási cikkek semmi esetre sem egyedi kötelemként, hanem fajlagos kötelem keretében kerülhetnek értékesítésre és akkor magától értetődően tekintetbe kell venni a kicserélésre való igényt. Az egyedi és fajlagos kötelem problematikájával az irányelv egyáltalán nem foglalkozik.

Az „aránytalanság” alatt az irányelv kizárólag az orvoslás módjának aránytalanságát érti a többi módokkal összehasonlítva, tehát nem az orvoslás aránytalanságát, pl. a vevő érdekét összehasonlítva az orvosláskor (3. cikk (3) bek. 2. mondat vége, 11-es preambulumbekkezdés 3. mondata). Itt van némi kétségem, hogy vajon a magyar Ptk. 306.§ (1) bek. a) pontja teljesen átvesszi-e az irányelvet, mivel szószerinti szövege szerint az aránytalanság más „szavatossági igényekkel” való összehasonlításból következhet, tehát akár az árleszállítási vagy az elállási igények összehasonlításából is: az aránytalanság megállapításánál figyelembe kell venni a dolog szerződésszerű állapotbeli értékét, a hibás teljesítés jelentőségét és azokat a kényelmetlenségeket, amelyek az orvoslás mindkét módja esetén a vevőt érték. Ennek során semmi esetre sem tekinthető az orvoslás drágább módja aránytalannak, mert ezáltal a vevő választási joga csorbulna. Aránytalan például gyakran a csekély értékű dolog javítása, amely problémamentesen helyettesíthető, mint például egy villanykörte. Normál esetben fordítva egy nagy értékű dolog kicserélése aránytalan, amely valamely alkatrész kicserélése folytán minden további nélkül javítható, mint például egy autó esetében, ahol a fényszóró égője ment tönkre.

Az orvoslás költségeit az irányelv 3. cikk (4) bek. alapján az eladó viseli. Ehhez tartoznak a postaköltségek, a munkadíjak és az anyagköltségek.

A vevő igénye a vételár leszállítására és a szerződéstől való elállásra

A vételár leszállítására és a szerződéstől való elállásra vonatkozó igények a szerződésszerű állapot helyreállításával szemben másodlagosak; az eladó tehát alapvetően kap egy második esélyt arra, hogy szerződésszerűen teljesítsen, mielőtt ezzel további következmények járnának együtt. A leszállításra vonatkozó igényt ennek során nem lehet a pótlólagos korlátozásoknak alávetni. Szerződéstől való elállást ezzel szemben nem lehet követelni, ha a hibás teljesítés csekély mértékű (3. cikk (6)). Ez különösen az olyan csekély hibák esetében tételezhető fel, amelyek probléma nélkül kiküszöbölhetőek. A szerződéstől való elállás végrehajtásának pontos szabályozását az irányelv a nemzeti jogra bízta, kimondottan figyelemmel arra, hogy az eladó a vevő által a dologból szerzett hasznok vonatkozásában megtérítést követelhet. (15. Preambulumbekkezdés)

Árleszállítást és a szerződéstől elállást – választás szerint – három esetben lehet követelni (3. Cikk (5) bek.):

- Ha a vevő lehetetlenség vagy aránytalanság miatt sem kijavítást, sem kicserélést nem követelhet. Ha a vevő igénye a két mód közül csak az egyik vonatkozásában van kizárva, a vevő tehát követelheti a másik módot, mielőtt az árleszállítást vagy a szerződéstől való elállást követelné;
- Ha az eladó a szerződésszerű állapotot nem állítja helyre észszerű határidőn belül. Ekkor a vevőnek az orvoslást kell követelnie és egy észszerű határidő elteltét megvárnia, mielőtt tovább menve jogait érvényesítené; meghatározott határidőt nem kell kikötnie. A határidő hosszának vonatkozásában a fogyasztási cikk természetét és a fogyasztó által megkívánt célját kell figyelembe venni. (3. cikk (3) bek. 3. mondat);
- Figyelemreméltó, hogy a vevő az irányelv szó szerinti szövege alapján nyilvánvalóan akkor is követelheti az árleszállítást vagy a szerződéstől való elállást, ha az eladó a szerződésszerű állapotot helyreállította, de mindezt nem az észszerű határidőn belül tette meg. Ésszerű módon ebből a

szempontból különbséget tesznek a vételár leszállítása és a szerződéstől való elállás között: a vevőnek többnyire nem áll fenn védendő érdeke a szerződéstől való elálláshoz fűződően, ha időközben a szerződésszerű állapotot helyreállították. A szerződéstől való elállásra vonatkozó igény ekkor joggal való visszaélés miatt kizárt; alternatívaként a kizárást azzal is indokolni lehet, hogy a hibás teljesítés az orvoslás miatt – még ha el is késett – már csak csekély mértékű (3. cikk (6) bek.). Az időközbeni orvoslás ellenére a vevő⁴ mégis a szerződéstől való elállást követelheti, ha időközben a teljesítéshez fűződő érdeke megszűnt. Másképp áll a helyzet a vételár leszállításával kapcsolatban: ebből a szempontból a vevőnek mindenesetre van egy védendő érdeke, mert ily módon juthat a késedelem miatti kiegyenlítéshez. Ez méginkább érvényesül, amikor az irányelv kártérítési igényt nem irányoz elő.

- Ha az eladó a hibát nem a fogyasztót érő jelentős kényelmetlenség nélkül orvosolta; ez a szabályozás is meglepő, mert szó szerinti szövege alapján csak arra az esetre vonatkozik, amikor időközben a szerződésszerű állapotot helyreállították. Amennyiben ez azt jelenti, hogy a vevő ezen állapot helyreállítását követően is követelheti az árleszállítást vagy a szerződéstől való elállást, ugyanúgy el kell döntenie, mint az elkésztett helyreállításnál.
- Kétséges a helyzet, ha az orvoslás még nem következett be, de bizonyos, hogy az nem lehetséges a vevőt érő jelentős kényelmetlenség nélkül. Az irányelv 3. cikk (4) bek. szószerinti szövegezése alapján a vevő nem tudná azonnal az árleszállítást vagy a szerződéstől való elállást követelni, hanem először a kényelmetlenségeket kellene elszenvednie, és csak ezután követelhetné az árleszállítást, vagy a szerződéstől való elállást. Ez nyilvánvalóan helytelen lenne. A megoldást a 3. cikk (3) bek. 3. mondata tartalmazza, amely szerint az orvoslásnak a vevőt érő jelentős kényelmetlenségek nélkül kell végbemennie. Amennyiben ez nem megoldható, úgy az orvoslás lehetetlen és a vevő ezért

követelheti azonnal az árleszállítást vagy a szerződéstől való elállást.

VIII. A VEVŐ IGÉNYEINEK IDŐBELI HATÁRAI

A vevő igényeinek időbeli határait az irányelv 5. cikke állapítja meg.

Először is lehetőségük van a tagállamoknak annak előírására, hogy a vevő az eladót a hibás teljesítés megállapítását követő 2 hónapon belül értesíteni köteles, különben elveszíti jogait. A nemzeti jog tehát nem követelheti meg, hogy a vevő a kéthónapos határidőn belül egy meghatározott igényt érvényesítsen; sokkal inkább az eladót köteles az esetleges hibás teljesítésről értesíteni. A német törvényhozó – ellentétben a magyarral (magyar Ptk. 307. §) – nem használta fel azt a lehetőséget, hogy egy kifogásolási kötelezettséget vezessen be.

Maga az irányelv az átadástól számított kétéves határidőt állapítja meg az eladó felelősségére vonatkozóan (5. cikk (1) bek.), melynél a tagállamok természetesen – mint ahogyan máskor is – egy a vevő számára előnyösebb szabályozást is kialakíthatnak (8. cikk (2) bek.). Ez a kétéves határidő nem jelenti azt, hogy a fogyasztási cikknek ezalatt a teljes két év alatt szerződésszerűnek kell maradnia, nem jelent tehát eltarthatósági garanciát. Sokkal inkább hiba esetén a vevő azon jogaira vonatkozik, amelyek már az átadáskor fennálltak. (3. cikk (1) bek.)

Az irányelv szó szerinti szövege alapján a határidő megtartásához elegendő, hogy a nem szerződésszerűség két éven belül „megnyilvánuljon”, a vevő valamely cselekményét – mint a hibás teljesítés bejelentését az eladónak vagy a jogai bármilyen bírósági úton történő érvényesítését – nem követeli meg az irányelv. Ilyen jellegű határidő ésszerűtlennek tűnik. Az irányelv azonban lehetővé teszi a tagállamok részére egy olyan elévülési idő megállapítását a vevő igényei vonatkozásában, amely legkorábban két évvel az átvételt követően járhat le (5. cikk (1) bek. 2. mondat). A vevőnek ezen határidőn belül kell azokat az intézkedéseket megtennie, amelyek a nemzeti jog szerint az elévülési idő nyugvásához vagy megszakadásához vezetnek (17. Preambulumbekezdés). Németország –

ugyanúgy, ahogy Magyarország is (magyar Ptk. 308. § (4)) – élt a lehetőséggel, az elévülési idő meghatározására. A német határidő ennek során részben hosszabb, mint az irányelv szerinti minimum határidő (BGB 438. §).

IX. A VEVŐ JOGAINAK KÖTELEZŐ ÉRVÉNYE

Az irányelv 7. cikk (1) bek. 1. pontja szerint azok a szerződéses megállapodások, amelyek az irányelvben biztosított jogokat közvetve vagy közvetlenül kizárják vagy korlátozzák, a fogyasztót nem kötik. A tilalom nem csak az általános szerződési feltételekre vonatkozik, hanem az egyéni megállapodásokra is. Valamely olyan állam jogának választásával történő megkerülést, amely nem tagja az Európai Közösségnek és ezért rá az irányelv nem vonatkozik, az irányelv 7. cikk (2) bekezdése megtiltja.

Egy kivétel létezik azokra a megállapodásokra, amelyeket akkor kötnek meg, miután a vevő az eladót a hibás teljesítésről értesíti, tehát abban az időpontban, amikor a vevő már tudott a hibás teljesítésről. Mert ekkor nem forog fenn annak veszélye, hogy a vevő a hibás teljesítés kockázatát alábecsüli és ezért rá vonatkozóan kedvezőtlen szabályozásokba egyezik bele, és fordítva lehetséges kell, hogy legyen a vevő és az eladó közötti véleménykülönbségek egyezség útján történő elsimítása. Ezen felül az irányelv azt a lehetőséget nyújtja a tagállamoknak, hogy olyan szerződéses megállapodásokat kössenek meg, amelyek használt fogyasztási cikkek esetében azt a határidőt, amely alatt az eladó felelőssége fennáll, 2 évről maximum 1 évre rövidítsék (7. cikk (1) bek. 2. és 3. mondat). A német (BGB 475. § (2)) és a magyar (magyar Ptk. 308. § (4) bek. 3. mondat) jogalkotó élt ezzel a lehetőséggel.

A fogyasztói jogok olyan közvetlen korlátozását tiltja az irányelv, mint például: ha a megállapodásban szerepel, hogy a vevő előtt ismert a fogyasztási cikk szerződéskötéskori állapota. Ez a megállapodás ugyanis arra irányul, hogy a vevő jogait a 2. cikk (3) bek. szerinti hibás teljesítés miatt kizárják (22. Preambulumbekezdés 2. mondat). Problematikus, hogy a szerződésszerűség definícióját a felekre bízta. Az eladó felelősségét egyszerűen az is kizárhatja, hogy

a fogyasztási cikk azon állapota, amelyben található, szerződés-szerűként definiált. Itt nehéz elhatárolási problémák vetődnek fel a felelősség közvetlen kizárása vonatkozásában. Irányadónak kell lennie, hogy vajon a klauzula a dolog állapotát konkrétan leírja-e vagy csupán formálisan került meghatározásra, hogy a fogyasztási cikk nem rendelkezik a szokásos minőséggel. Mert azokat a klauzulákat, amelyek a dolog tulajdonságát írják le, a vevő – amennyiben azokat érvényesen a szerződésbe foglalják és kielégítően áttekinthetők – a szerződés megkötéséről hozott döntése során általánosságban figyelembe fogja venni, mert ő azt tartja szem előtt, hogy a pénzéért mit kap, míg egyéb klauzulákat gyakran, mint pillanatnyilag nem relevánsokat el fog hanyagolni, vagy legalábbis nem fogja azokat kielégítően a mérleg serpenyőjébe helyezni. Így például az a klauzula, miszerint „megtekintésre vásárolt” nem megengedett felelősségkizárást jelenít meg, mivel az nem írja le a fogyasztási cikket, hanem formálisan a meglévő állapotát olyan állapotként írja le, amilyennek lennie kellene. A német ítélkezés ismételtelen olyan esetekről döntött, amelyekben a használt autót „barkács gépjárműként” értékesítették, annak ellenére, hogy azt a vevő közötti közlekedésben való normál használatra vásárolta; ezt meg nem engedettnek ítélték.

Ami a vevő jogainak kötelező érvényét illeti, az irányelv magyar átvételével szemben vannak bizonyos aggályaim. Amennyire én látom, a magyar Ptk. nem egy szabályt tartalmaz, amely általánosságban szabályozza a kötelező érvényt, hanem ezt az egyes szabályoknál egyenként teszi (pl. magyar Ptk. 305. § (2) bek. 3. mondat, 305/A. § (2) bek. 2. mondat, 306. § (5), 308. § (4) bek. 2. mondat, 309. § (1) bek. 2. mondata). Egyrészt itt problematikus, hogy ily módon a fogyasztói jogok közvetlen korlátozásait – mint például az olyan megállapodás, amely azt tartalmazza, hogy a vevőnek tudomása van a vásárolt dolog szerződéskötéskori állapotáról (vö. a magyar Ptk. 305/A. § (1) bek. 1. mondat) – nem öleli fel a szabályozás. Másrészt problematikus, hogy nem valamennyi, az átvételt szolgáló előírásnál találunk megfelelő szabályokat: hiányzik például a jótállásról szóló előírásnál (magyar Ptk. 248. §) és mindenek előtt a magyar Ptk. 277. §-nál, amely meghatározza, hogy mikor szerződésszerű a teljesítés. A törvény szó szerinti szövege alapján tehát megengedett lenne egy

olyan megállapodás, amely kimondja, hogy a vásárolt áru nem rendelkezik a szokásos minőséggel. És harmadrészt kérdéses a semmisség elrendelése, mert az azt jelenti, hogy a vevő sem hivatkozhat a – számára egyes esetekben előnyös – klauzulára. Legalábbis kevésbé szerencsés, hogy a magyar Ptk. azokat a megállapodásokat is megtiltja, amelyeket azután kötnek meg, hogy a vevő a hibát már felfedte és ezáltal megnehezíti a közte és az eladó közötti békés egyezséget.

X. JÓTÁLLÁS

Az irányelv 6. cikke érinti a jótállás részletes szabályait.

Az irányelv hivatalos definíciója szerint a jótállás „az eladó vagy a gyártó kötelezettségvállalása a fogyasztóval szemben külön díj felszámítása nélkül, amely alapján a jótállási nyilatkozatban vagy a vonatkozó reklámban feltüntetett tulajdonságoknak nem megfelelő fogyasztási cikk vételárát visszatéríti, vagy az ilyen fogyasztási cikket kijavítja, kicseréli vagy az igényt más módon kezeli” (1. cikk (2) bek. e) pont). Mivel a vevő törvényi jogait azáltal, hogy az eladó jótállást vállal, nem lehet korlátozni (7. cikk (1) bek. 1. mondat, ld. a 6. cikk (2) bek.-t is), így jótállás alatt értendő minden olyan a vevő és az eladó vagy a gyártó között létrejött megállapodás, amelyek által a vevő jogai a törvényi jogokkal szemben kibővülnek. A jótállás tartalmára a „vonatkozó reklám” is irányadó (6. cikk (1) bek.). Ez számos problémát vet fel; különösen kétséges, mennyiben ruházhatók át azok az alapvonások, amelyek dolog tulajdonságaira vonatkozó reklámközléseken alapszanak (2. cikk (2) bek. d), (4)). Az az ismertetőjegy, hogy a jótállást „külön díj felszámítása nélkül” kell vállalni, kissé félreérthető, mert természetesen minden egyes észszerűen cselekvő vállalkozó a jótállást, amit vállal, az árba belekalkulálná és a jótállás miatt többet követelne, mint amennyit a jótállás nélkül. Arra kell gondolni, hogy a jótállás árát a fogyasztóval szemben nem lehet külön kimutatni, tehát a fogyasztónak nincs választása arra vonatkozólag, hogy az árut jótállás nélkül alacsonyabb árért vagy a jótállással magasabb áron vásárolja meg. Ennek hátterében az áll, hogy a jótállásoknál külön díj ellenében azok az információs kötelezettségek, amelyeket az irányelv a jótállást

nyújtónak megszab, nélkülözhetőnek tűnnek; mert ha a fogyasztónak a teljesítésért fizetnie kell, általánosságban körütekintőbben fog informálódni, mintha ingyen kapná azt. Az irányelv jótállásról szóló rendelkezései a fogyasztó számára lehetővé teszik, hogy a jótállásból eredő jogait gyorsan és hatékonyan érvényesítse. Ezért a releváns információkat a fogyasztóval egyszerű és érthető megfogalmazásban kell közölni, és kérésére írásban is rendelkezésére kell bocsátani. Mindenek előtt azonban az irányelv meg kívánja akadályozni a fogyasztó félrevezetését (21. Preambulumbekkezdés). Ezért a jótállásnak tartalmaznia kell, hogy a fogyasztót a fogyasztási cikk hibás teljesítése miatt a törvényen alapuló jogok is megilletik, és ezeket a jótállás nem érinti. Ez egyrészt olyan visszás állapothoz vezethet, hogy a fogyasztó a törvényben biztosított jogait jótállásként határozza meg és ezáltal azt a helytelen benyomást keltheti, hogy a vevő különösen kedvező feltételekben részesül.

Másrészt el kell kerülni azt, hogy a fogyasztót a jótállás visszatartsa attól, hogy törvényes jogait érvényesítse. A tagállamok részére biztosított az a lehetőség, hogy a jótállásra meghatározott nyelvet írjanak elő (6. cikk (4) bek.). A német jogalkotó nem élt ezzel a lehetőséggel, mert azt a rendelkezést, miszerint a jótállásnak érthetőnek kell lennie, elegendőnek tartja. A 6. cikk (5) bek. tartalmazza – azt magától értetődő – rendelkezést, miszerint az információs kötelezettségek megsértése a jótállást nem teszi érvénytelenné. A jótállást nyújtót ennek megsértése miatt a fogyasztói érdekek védelmében a jogsértés megszüntetésére irányuló eljárásokról szóló az Európai Parlament és a Tanács 1998. május 19-ei 98/27/EK irányelvének átvételére vonatkozó nemzeti rendelkezéseknek megfelelően lehet perelni.

IX. VISSZKERESET

Annak az eladónak a viszonylatában, aki egyben nem a fogyasztási cikk gyártója, fennáll a viszontkereset csapdájának kockázata. Ő maga felel a fogyasztónak az irányelv előírásainak megfelelően és ezt a felelősséget nem korlátozhatja és nem zárhatja ki (7. cikk (1) bek. 1. mondat). A saját beszállítója viszonylatában azonban nem áll fenn

a fogyasztási cikkekre vonatkozó adásvétel, úgy, hogy a visszkeresetnél nem élvezzi a fogyasztási cikkek adásvételi szerződésében biztosított minimum szintet. Az irányelv annyiban védi a veszélytől az eladót, amennyiben kimondja, hogy az eladó a hibáért utolsóként felelős személlyel szemben visszkeresettel élhet. A visszkereset részletes szabályozását az irányelv a nemzeti jogra bízta (4. cikk). A nemzeti jog ennek során vagy egy közvetlen igényt biztosít az eladónak a hibáért felelős személlyel szemben – tehát rendszerint a gyártóval szemben – vagy egy viszontkeresetet biztosít a mindenkor szerződéses kapcsolaton belül, melynek során a szerződéses láncolat lépcsőzetesen nyomon követhető, így pl. a vevő a nagykereskedővel szemben és ő pedig a gyártóval szemben. A nemzeti jogot ennek során úgy kell kialakítani, hogy az eladónak biztosított legyen jogainak hatékony gyakorlása. Mindenesetre – ahogy az irányelv nyomatékosan is megállapítja – az eladó visszkereseti jogait diszpozitívan kell kialakítani. (9. Preambulumbekzdés 3. és 4. mondat) A német jog a mindenkor szerződéses kapcsolaton belüli viszontkereset mellett döntött, a viszontkeresetet érvényesítő eladót külön szabályok privilegizálják (BGB 478. §, 479. §), amelyek számos értelmezési kérdéshez vezettek.

Tisztelt Hölgyeim és Uraim! Megpróbáltam Önöknek felvetni néhány olyan problémát, amelyek az irányelvvel való munka során felmerülhetnek – és nagyon remélem, hogy ennek során nem mondtam semmi helytelent a magyar jog tekintetében. Az európai jog a polgári jogi jogászok munkáját jobban megváltoztatja, mint az talán néhányuknak kedvükre lenne. Többé már nem alkalmazhatjuk egyszerűen a nemzeti polgári törvénykönyvünket, mint ahogyan tettük ezt eddig, hanem ennek során át kell gondolnunk, hogy azok szabályait hogyan alkalmazzuk, figyelembe véve azokat az irányelveket, amelyek ezeket átültették a hazai jogba. A polgári jogi jogesetek megoldása során többé már nem hagyatkozhatunk csupán a legmagasabb fokú nemzeti bíróságunkra, hanem az Európai Bíróság ítélkezési gyakorlatára is figyelemmel kell lennünk.

Ez fáradságos, de ugyanakkor izgalmas időszak is a jogászok számára.

Köszönöm a figyelmüket és nagy örömömmre szolgálna egy izgalmas vita, amelyet szívesen folytathatunk angol nyelven is.

DR. DAVID G. HUGLEY
NATIONAL INSTRUMENTS, AUSTIN.

CONTRACTS RESTRICTING THE USE OF IDEAS

1. Would the ultimate contractual power be the ability to control ideas by contract? Of all the things in which to have contractual rights, would ideas be the most valuable?

The purpose of this article is to shed some light on certain contract practices in the United States that have developed as recently as during the last 20 years, wherein contracting parties attempt to agree upon the restriction of ideas, perhaps in excess of what the intellectual property laws or interests of society may allow.

Two topics in this area are addressed. The first is the prevalent attempted use of trade secret law in contracts, far overreaching reasonable limitations. The second area involves contracting parties' efforts to control competitive use of those ideas which may be demonstrated in software.

Trade secret law in the United States allows for a juridical person to legally protect from disclosure, or collect damages for the disclosure of, information which the person has maintained in secrecy. Physical and informational barriers must have been established and maintained in order for information to qualify as a trade secret and to be qualified for the benefit of legal protection. For example, information needs to have been closely held within a company and not disclosed to others without their agreement to maintain the secret. If the information has been disclosed to others without such agreement, it no longer qualifies as a trade secret. Therefore, if it is necessary for the person or firm to share the information with another party in order to achieve the firm's business objectives, the discloser and recipient contract, with the recipient engaging in a contractual promise not to release the information to others. These contracts, often referred to as "non-disclosure agreements," "confidential disclosure agreements," or "proprietary information agreements" should identify in some way the nature of the secrets to be

disclosed. Freedom of contract allows for a variety of provisions in these contracts, and disclosers often include a provision limiting the uses to which the recipient can put the information, operating almost as a limited license for its use. Most often these "purpose" provisions provide that the only purpose for which recipient can use the information is in furtherance of the business collaboration between the parties, for the benefit of the discloser.

Such contracts prohibiting disclosure can be employed to prevent the publication or communication of the data of the disclosure. A good example would be the prevention of the disclosure of a company's customer mailing list or wage information regarding each of the company's employees. Clearly the company would share that information only with a trusted supplier who would not leak the information to others, and this is a traditional and understandable use of such a contract.

It seems logical that a discloser would include a provision in the contract that the recipient could not utilize the information in furtherance of the recipient's own business.

In the current evolution of this form of contract in the United States, the contracting party playing the role of "discloser" is changing the clauses identifying the "secrets" to be disclosed. Now we observe and encounter provisions entirely vague as to the information to be disclosed. Take, for example, a contract proposed to cover the content of a meeting between two parties. The "information" to be disclosed is then described as "any and all information, whether written or oral, disclosed to Recipient." Suppose, in furtherance of this example, that the Discloser will describe his method of manufacturing goods or the design of a new product. This "information," disclosed orally, in fact may well comprise ideas themselves, perhaps devoid of data.

Recipient, if he has signed the contract, is now forbidden from disclosing any such idea to others. Also, if the contract contains the standard clause providing that Recipient cannot use what is disclosed for any purpose other than his collaboration with the Discloser, Recipient is now under a contractual obligation to forego the use of an entire idea.

These contracts have become pervasive in commercial practice.

A normal firm will be asked to sign many such forms every year. In fact, in many places of business, persons wishing to be admitted to the physical facilities will be "required" to sign, on behalf of his own firm and himself, such a form contract. The contractual effect is that the visitor has agreed to quash, for his own use or even for his own discussion with others, all ideas which may be discussed or in evidence within that facility. Signing such a contract, prior to admission to a facility or meeting, when in ignorance of the ideas which may be proposed, opens the possibility that ideas which are otherwise available in society are quashed by contract. The ubiquitous nature of these contracts in commerce today in the United States leads to the probable consequence that ideas not otherwise legitimately protected by other forms of intellectual property are removed from open circulation in commerce and society through the operation of contracts.

Traditional trade secret law provides limited defenses against accusations of breach of such a contract. If the defendant can prove that the idea was available to him prior to that time from another source, this may provide a defense. The problem then becomes one of proof. Ideas that could never attain the protection of patent law, for example due to lack of novelty or due to obviousness, still may not be presentable from other sources in a form sufficient to provide proof. Obviousness of the idea does not provide a defense to the allegation of breach of contract.

The implied intent of such overreaching non-disclosure contracts is clearly to quell competition. Upon the success of a new product, competitors can search their files in order to ascertain whether the successful company has ever entered into one such vague non-disclosure agreement with them. Then the competitor can allege that the idea was at one time orally disclosed under the contract and that the contract has been breached.

One may ask, "Could not the defendant in this situation simply prove that the idea was not in fact disclosed to them?" In cases where this evidence is provable, the defense has value. However, as noted above, the contracts in practice today regularly provide for no identification of the subject matter at the time of the agreement and

provide that the obligation attains even in the absence of any objective proof or written evidence.

This web of contractual entanglements between firms is intended to subdue competition. The vague and overreaching obligations create an uncertain threat upon the introduction of new products and services. Firms must check their numerous non-disclosure and non-use contracts in an attempt to ascertain their freedom to introduce new products and services. The net social benefit of this contractual expansion of trade secret intellectual property law is called into question.

Traditional forms of intellectual property law are not effectively providing boundaries on this expansion. In the United States, neither patent nor copyright law impairs the spread of restrictions on the use of ideas through the power of this freedom to contract.

So freedom to contract has wrought a restriction on the free use of ideas.

2. In the area of contracting for software programs, the relationship of contract law to intellectual property law has received more judicial attention, although the overall state of the law at this time is not clear.

Software providers originally used contracts to govern the use of their products in the U.S., because Congress and the courts were not sure that software was a proper subject of copyright law.¹ The value of software is in its utility and its object code function rather than a particular work's nonfunctional expressive elements, so copyright seemed questionable as the properly applicable law. The software industry sought contract protection for their programs.² Software authors utilized contracts privately to specify what rights were granted or transferred, and which were excluded, using their own definitions. They described the products they offered, and controlled their liability. „Bargained agreements“ were used for software developed specifically for a user; „unbargained shrinkwrap agreements“ were utilized for mass market distribution of software.³ The National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works recommended software copyrightability to the Congress, and in addressing the problem for the first time, the copyrightability of software became law in the 1976 Copyright Act.⁴

Protection of software as a copyrighted literary work by the courts then occurred.⁵ Copyright law is now computer software's primary source of legal protection in the United States, and unbargained shrinkwrap licenses on mass market software are prevalent.⁶

Copyright law, however, is rich with a history spanning hundreds of years when software did not exist. The U.S. Constitution provides that the purpose of copyright law is „to promote the progress of science and the useful arts.“⁷ Section 102(B) of the Copyright Act states, „in no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle or discovery regardless of the form in which it is described, illustrated or embodied in such work.“⁸

The United States Supreme Court noted in *Sony Corp. of America v. Universal Studios, Inc.*, that copyright law seeks to achieve a balance between „the interest of authors...in the control and exploitation of their writings...on the one hand, and society's competing interest in the free flow of ideas...on the other.“⁹ An important part of the balance is permitting or encouraging the public to copy unoriginal material. When courts were dealing with ordinary text writings, they attempted to strike this balance by distinguishing between ideas and expression. Ideas remained in the public domain. Courts recognized that if an idea could be protected, intellectual progress would be slowed. Requiring payment for a certain author's expression of the idea still left opportunity for others to express the idea in their own creative ways.

Courts then faced this same policy issue after 1976, with regard to software programs. Courts promptly diverged in this analysis, with a confusing set of tests to be applied to software, including „the abstractions test,“ the „successive filtering method“ and even implementing (and then reversing) the „look and feel“ test. It is not the purpose of this discussion to analyze these confusing attempts to define copyright coverage of software. The point here is that software vendors were (and still are) uncertain what is protected. Software licensors are returning to contract law to secure greater rights than those afforded by copyright law.

One important area in this regard is the subject of reverse engi-

neering. Software vendors structure contracts to circumvent an important limitation on their rights as copyright holders.¹⁰

A software programmer writes his program in human readable „source code.“ A compiler program translates the source code into object code, which is only machine-readable. Commercial programs are then distributed in object code only. Therefore, the uncopyrightable elements and ideas are only available through the derivation of the software's human readable source code through „decompilation“ and „disassembly“ reverse engineering processes.¹¹ Even though intermediate copies or translations are made in this process, United States courts have uniformly held that decompilation and disassembly are permitted under copyright law if they are undertaken for the purpose of obtaining specifications needed to make interoperable or competitive products, and if this is the only means to access the uncopyrightable elements.¹² Thus copyright, balanced with a reasonable scope of fair use, protects the „fair use“ of ascertaining the ideas behind the expression to allow the creation of compatible and competitive products.

As a response to this Fair Use Doctrine allowing reverse engineering under copyright law, firms attempt to prohibit reverse engineering of their software by employing contractual devices which include prohibitions against reverse engineering in most off-the-shelf open market software shrinkwrap licenses. (Beneath a clear outer wrapping is a visible license agreement, which states that by removing the plastic shrinkwrap enclosing the software, the end user agrees to the terms of the license.¹³) This license almost always includes a prohibition on reverse engineering.¹⁴

The U.S. Supreme Court found these shrinkwrap agreements to be generally enforceable.¹⁵ However, the debate regarding a shrinkwrap license prohibiting reverse engineering has created tension between state contract law and copyright law.¹⁶ In the case of *Bowers v. Baystate Technologies*, the U.S. Court of Appeals for the Federal Circuit upheld the conclusion that a shrinkwrap license can bar reverse engineering of a software program, adopting a blanket rule that such restrictions should never be preempted by the Federal Intellectual Property Laws.¹⁷

IP Laws grant certain exclusive rights or monopoly privileges to

authors, but the privileges are ultimately associated with public interests. Courts and legislatures saw the need to limit the scope of the IP monopoly. Copyright „fair use“ doctrine reflects this need for limitations on copyrights. The Fair Use Doctrine exempts a reverse engineer from liability for certain decompilation that would otherwise infringe in an attempt to limit a copyright holder's exclusive right in order not to stifle creative efforts by competitors through exploring information committed to the public domain through copyright. Effective competition requires software developed by competitors to be compatible with existing standard systems. So reverse engineering should be allowed in order to accomplish compatibility. In the case of *Eichel v. Marsan*, the Court held that: if an author, by originating a new arrangement and form of expression of certain ideas or conceptions, could withdraw these ideas or conceptions from the stock of materials to be used by other authors, each copyright would narrow the field of thought open for development and exploitation in science, poetry, narrative and dramatic fiction, and other branches of literature would be hindered by copyright instead of being promoted.¹⁸

Justice Brandeis said that „the noblest of human productions—knowledge, truths ascertained, conceptions and ideas – become, after voluntary communication to others, free as the air to common use.“¹⁹ In terms of economic efficiency, ideas or concepts, because they are basic building blocks of creation, should be free for use. If decompilation is not allowed, this results in a de facto monopoly by the owner of the copyright over the functional aspects of the works.

The Copyright Act was intended to promote growth and creative expression based on the dissemination of other creative works and the unprotected ideas contained in those works.²⁰ The ultimate aim of the Copyright Act is to benefit the public through the distribution of knowledge, rather than to reward individual authors.²¹ Even though copyright law grants an author certain exclusive rights, the author should not use these rights to maintain its dominance and control in a manner adverse to public policy.

Uncertainty of freedom to contract in this area is serious. A shrinkwrap license can impose very restrictive terms, or a prohibi-

tion on reverse engineering, eliminating the right to create a compatible or competitive product.

Restrictions on software reverse engineering through anticompetitive conduct or copyright license agreements may constitute copyright misuse or a violation of antitrust laws. The Copyright Misuse Doctrine was first established in the case of *Lasercomb America, Inc., v. Reynolds*, which expressly upheld the defense against an infringement action.²² Lasercomb, the copyright owner, included in its license agreement contractual provisions, which precluded licensees from developing competitive software for a period of 99 years.²³ The Court held that the underlying restrictive license agreement went further than protecting against copying and was used in a manner adverse to the public policy embodied in a copyright grant.²⁴

Copyright misuse is a defense against an allegation of copyright infringement. Conduct underlying a copyright misuse defense in an infringement case may serve as a basis for antitrust liability. However, an antitrust claim requires proof of additional elements: market power, competitive injury, anticompetitive intent, etc. However, proof of an antitrust violation can often serve to establish copyright misuse.²⁵ An antitrust claim gives rise to damages, whereas copyright misuse is an absolute defense against a claim of copyright infringement.

In some cases, a contract prohibiting software reverse engineering is subject to copyright misuse or antitrust liability. In the case of *Alcatel U.S.A., Inc., v. DGI Technologies, Inc.*, the United States Court of Appeals for the Fifth Circuit ruled that a license agreement prohibiting reverse engineering constituted copyright misuse.²⁶ If a license, in order to extend copyright protection beyond its proper scope, prevents competitors from detecting or understanding unprotected ideas or functional elements embodied in a computer program and from developing competing or interoperable products, it constitutes anticompetitive use of the copyright. This finding requires also a finding that federal copyright law preempts state contract law. Alternatively, the state court could find that the term in shrinkwrap license is unconscionable in this contract of adhesion. The 50 states vary in their contract law as to the enforceability

ty of all terms of shrinkwrap license. The „Uniform Computer Information Transaction Act“ is proposed model legislation for the states in the law of software contracting, but has only been adopted by two states: Maryland and Virginia. It provides for enforceability of all terms of a shrinkwrap license including prohibition of reverse engineering and restrictions on interoperability.

A shrinkwrap contract in a mass market application program is not negotiated and is a standard form contract. As such, it may be unenforceable under the contract doctrine of unconscionability. Courts could choose not to enforce certain terms. The contract is a subject of state law. State common and statutory laws have often clashed with federal laws regarding patents and copyrights. A state law rule or contract term may be invalidated by federal preemption. A contract term that varies the effect of a federal law that cannot be varied by agreement under the Copyright Act may be unenforceable. Therefore, an antireverse engineering provision under a licensing contract may be unenforceable if it denies federally created fair use. Section 301(A) of the Copyright Act is intended to preempt common law or statutes of any state which are equivalent to the exclusive federal copyright. A contractual restriction on reverse engineering expressly narrows the scope of fair use rights, which places an arbitrary power in the hands of the copyright holder going far beyond the protection provided by law.²⁷ In *Symantec Corp. v. McAfee Associates, Inc.*, the Court held that a software license prohibiting reverse engineering was preempted by Section 301 of the Copyright Act.

In *Vault Corp. v. Quaid Software, Limited*, the United States Court of Appeals for the Fifth Circuit used the Supremacy Clause of the U.S. Constitution to set aside a contractual prohibition upon reverse engineering, noting that the prohibition „conflicts with the rights of computer program owners under Section 117“ of the Copyright Act and „touches upon an area of federal copyright law.“²⁸

Contract terms prohibiting reverse engineering may be unenforceable because they are unconscionable. As explained in the official comments to the “Uniform Computer Information Transaction Act” (the model act mentioned earlier), the basic test is whether, in

light of the general commercial background and the commercial needs of the particular trade or case, the terms involved are so one-sided as to be unconscionable under the circumstances existing at the time the contract was made. The principle is one of prevention of oppression and unfair surprise and not of disturbance of allocation of risks because of superior bargaining power.

Procedural unconscionability particularly applies in the context of adhesion contracts, as it has been defined in the model act as “the lack of a meaningful choice, considering all the circumstances surrounding the transaction including the manner in which the contract was entered, and whether each party had a reasonable opportunity to understand the terms of the contract, and whether the important terms were hidden. If a Court finds a contract or term thereof to be unconscionable, the Court may refuse to enforce the contract, enforce it without the unconscionable term, or limit the application of the term in order to avoid an unconscionable result in order to prevent oppression and unfair surprise, and because of superior bargaining power.”²⁹ Basically, the question is whether the term involved is so one-sided and unfair as to be unconscionable. Also, a contract of adhesion is one to which one of the parties must adhere to the powers of a monopolist on a take-it or leave-it basis. In *Vault Corp. v. Quaid Software, Ltd.*, the Court found the shrinkwrap license to be unenforceable as a contract of adhesion.

The *Bowers v. Baystate Technologies* decision by the Court of Appeals for the Federal Circuit is in conflict with other Federal Courts of Appeals decisions. A shrinkwrap license attempting to bind the purchaser to the vendor’s terms offers only the choice of not buying the software. This self-proclaimed contract provides a copyright owner the superior power to override public law with a contract of adhesion.³⁰

Software producers now go even further than prohibiting reverse engineering. They attempt to go so far as using the contract to prohibit the licensee from “attempting to determine the method of operation” of the software; and also contain provisions prohibiting the creation of competitive products and the creation of compatible products without the licensor’s approval.

Please consider this example clause taken from the license for a

software product currently shipping in the United States, which states:

"NONCOMPETITION. Licensee agrees not to use the Program ...to distribute its own or a Third Party's Application, a principal purpose of which, as reasonably determined by [Licensor] is to perform the same or similar functions as Programs licensed by [Licensor] or which replaces any component of the Programs. Licensee shall not otherwise use the Programs to compete with the products or businesses of [Licensor] ..."

These provisions, as well as a prohibition on reverse engineering, may be subject to antitrust scrutiny under 1 of the Sherman Act. Though no claim regarding an anti-reverse-engineering provision has been brought as of now, a number of potential antitrust issues arise. Section 1 forbids any contract in restraint of trade. Anti-reverse engineering clauses restrain trade within the meaning of the statute since they limit the ability to develop comparable products, if the nature of the restraint would be characterized as unreasonable under either "per se illegality" or the "rule of reason." The "rule of reason" would most likely be applied, weighing a broad inquiry into the nature of the defendant's intent and purpose, justifications for the restrictions, competitor's competitive position, and the effect of the challenged restrictions.

IN CONCLUSION,

The various legal doctrines analyzed above do not offer any clear guidance as to how the issue of the conflict between copyright law and contract law will be resolved. None of these doctrines define, within a predictable system, on the basis of what criteria contractual provisions will be held unenforceable despite the fact that they excessively restrict the users' rights in the context of copyright law. For example, the copyright misuse doctrine could potentially be used to invalidate contractual provisions that are anticompetitive, but little guidance currently exists as to its scope of application. The doctrines of public policy and unconscionability, considered as two general doctrines of contract law, are not specific enough to

deal with the issue. These doctrines could only be helpful if the courts adapted them to the specific characteristics of software licensing transactions. However, even though the doctrine of unconscionability is overbroad, this doctrine might be helpful in showing that a contract will be considered oppressive, and thus likely to be unconscionable, because it is offered on a take-it-or-leave-it basis.

The Uniform Computer Information Transactions Act "Fundamental Public Policy Exception" provides that: "if a term of a contract violates a fundamental public policy, the court may refuse to enforce the contract, enforce the remainder of the contract without the impermissible term, or limit the application of the impermissible term so as to avoid a result contrary to public policy, in each case to the extent that the interest in enforcement is clearly outweighed by a public policy against enforcement of the term."

The Uniform Computer Information Transactions Act does not further define what is meant by fundamental public policy. The official commentary identifies three concepts which may qualify as fundamental public policy: innovation, competition, and freedom of expression (fair comment and fair use). It states:

"Innovation policy recognizes the need for a balance between protecting property interests in information to encourage its creation, and the importance of a rich public domain upon which most innovation ultimately depends. Competition policy prevents unreasonable restraints on publicly available information in order to protect competition. . . . Free expression and the public interest in supporting public domain use of published information also underlie fair use as a restraint on information property rights."

There is no clear public policy that prevents parties from contracting around the limitations of copyright law. The identification of innovation, competition and freedom of expression as the key values that are potentially threatened by excessively restrictive contracts should be particularly considered.

Indeed, these are the same fundamental policies that courts in the United States should creatively learn to apply to the unbridled use of overreaching non-disclosure agreements identified in Section 1.

NOTES

- 1 Brett Frischmann and Dan Moylan, *The Evolving Common Law Doctrine of Copyright Misuse: A Unified Theory and Its Application to Software*, 15 Berkeley Technology Law Journal, 865 (2000).
- 2 Maureen A. O'Rourke, *Drawing the Boundary Between Copyright and Contract, Copyright Preemption of License Terms*, 45 Duke Law Journal, 479 (1995).
- 3 Mark A. Lemley, *Intellectual Property and Shrinkwrap Licenses*, 68 Southern California Law Review, 1239 (1995).
- 4 Peter S. Menell, *An Analysis of the Scope of Copyright Protection for Application Programs*, 41 Stanford Law Review, 1045 (1989).
- 5 Frischmann and Moylan, *supra* note 1.
- 6 Lemley, *supra* note 3.
- 7 U.S. Constitution, Article 1, Section 8, Clause 8.
- 8 17 U.S.C. 102(B) 2000.
- 9 464 U.S. 417 (1984).
- 10 Dennis S. Karjala, *Copyright Owners' Rights and Users' Privileges on the Internet, Federal Preemption of Shrinkwrap and Online Licenses*, 22 University of Dayton Law Review, 511 (1997).
- 11 Peter S. Menell, *Envisioning Copyright Laws Digital Future*, 46 New York Law School, Law Review, 63 (2003).
- 12 *Sega v. Accolade*, 977 F.2d 1510 (9th Cir. 1992); *Atari v. Nintendo*, 975 F.2d 832 (Fed. Cir. 1992).
- 13 Greg Weiner, *Reverse Engineering as a Method of Achieving Compatibility in the Computer Industry*, 6 University of Baltimore Intellectual Property Law Journal, 1 (1997).
- 14 Jonathan Band Masanobu Katoh, *Interfaces on Trial; Intellectual Property and Interoperability in the Global Software Industry*, 220 (Westview Press, 1995).
- 15 *ProCD v. Zeidenberg*, 86 F.3d 1447 (Seventh Circuit, 1996).
- 16 *Bowers v. Baystate Technology, Inc.*, 32 F.3d 1317, (Fed. Circuit, 2003).
- 17 Mark Lemley brief amicus curiae in support of petitioning for a panel rehearing in *Bowers v. Baystate Technologies*, 9 (September 2002).
- 18 *Eichel v. Marsan*, 241 F. 404 (Southern District of New York, 1913).
- 19 *International News Service v. Associated Press*, 248 U.S. 215 (1918) (Brandeis, J., Dissenting).
- 20 *Sega v. Accolade*
- 21 *Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984).
- 22 911 F.2d 970 (Fourth Circuit, 1990).
- 23 See *id.* at 973.
- 24 See *id.* at 978.
- 25 See Robert H. Land and Sturges M. Sopen, *Reverse Engineering of Computer Software and U.S. Antitrust Law*, 9, Harvard Journal of Law and Technology, 237 (1996).
- 26 166 F.3d 772 at 793 (Fifth Circuit, 1999).
- 27 953 F.2d 731 at 741 (Second Circuit, 1991).
- 28 847 F.2d 255 (Fifth Circuit, 1998).
- 29 *Intel Corp. v. Intergraph Corp.*, 195 F3d 1346 (Fed. Circuit, 1999).
- 30 See L. Ray Patterson and Stanley W. Lindberg, *The Nature of Copyright: A Law of Users' Rights* (1991).

AZ INNOVATÍV ÖTLETEK FELHASZNÁLÁSÁT GÁTLÓ SZERZŐDÉSEK AZ AMERIKAI EGYESÜLT ÁLLAMOKBAN

Összefoglaló David G Hugley *Contracts Restricting the Use of Ideas* című előadásáról

Készítette: Orosz P. Gábor

David Hugley *Contracts Restricting the Use of Ideas* című előadása két amerikai szerződési jogi tendenciát elemez, amelyek mára egyre erősebben gátolják az új ötletek szabad felhasználását, és ekként a technika fejlődését.

Az egyik, az előadás első részében bemutatásra kerülő ilyen tendencia a titoktartási megállapodások indokolatlanul széles körben való alkalmazása.

A titoktartási megállapodások elsődleges célja nem más, mint hogy biztosítsák azt, hogy az a fél, aki a másik bizalmas üzleti információjáról jogszerűen tudomást szerez, ne tehesse közhírré ezeket az üzleti titoknak minősülő és ekként vagyoni értékkel bíró adatokat. Az ilyen tárgyú szerződések a mai amerikai üzleti élet mindennapos részévé váltak és legtöbbször már akkor aláírásra kerülnek, mielőtt a felek egyáltalán személyesen találkoznának egymással annak érdekében, hogy egy esetleges adásvételi, vállalkozási, vagy más szerződés részleteiről tárgyaljanak, vagy mielőtt az egyik fél belépne a másik irodaépületébe vagy üzemébe.

A titoktartási megállapodások mindenekelőtt meghatározzák, hogy a felek mit tekintenek bizalmas információnak, valamint azt, hogy ezen információk kapcsán az azokról tudomást szerző felet milyen kötelezettségek terhelik.

Amennyiben a bizalmas információk szerződéses definíciója túlzottan általános (minden annak minősül, amiről a felek szót ejtenek, vagy amit az egyik fél a másik üzemében lát vagy bárkitől hall), illetve ha a tudomást szerző fél kötelezettsége nem csupán a titkok megtartására terjed ki, hanem arra is, hogy saját üzletmenetében tartózkodjék azok bármilyen módon való felhasználásától, a szerződés könnyedén az új ötletek hasznosulásának gátjává válhat.

Előfordulhat például, hogy egy cég azért gondolja meg kétszer is, hogy egy újonnan kifejlesztett, innovatív terméket piacra dobjon-e, mert fennáll a veszélye annak, hogy a korábbi évek során aláírt esetleg több száz titoktartási megállapodás valamelyike alapján egy másik cég arra hivatkozással perelje be, hogy az új termék – még ha közvetve is – de az általa annak idején közölt információkon alapul. Az ilyen perek ma rendkívül gyakoriak Amerikában.

Különösen nehéz helyzetet teremt a bizonyítás szempontjából, ha a felek közti megállapodás azt tartalmazza, hogy minden üzleti információ, műszaki adat, rajz stb. bizalmas információnak minősül, ráadásul utólag nem rekonstruálható, hogy a felek annak idején miről beszéltek, vagy az egyik mit látott, hallott a másik irodájában, laboratóriumában vagy üzemében.

Az előadás második része a szoftver licencia megállapodásokkal kapcsolatos jogi szabályozást és gyakorlatot mutatja be az Egyesült Államokban, ahol a szoftver előállítók eredetileg szerződésekkel védték jogaikat, mert a Kongresszus és a bíróságok bizonytalanok voltak a tekintetben, hogy a szoftver egyáltalán alkalmas tárgya-e a szerzői jogvédelemnek.

A szoftver értéke annak használhatóságában rejlik. A szoftver egy tárgyi kódrendszer, nem pedig egy egyedi alkotás funkció nélküli, de kifejezésekkel teli elemekkel; éppen ezért tűnt kétségesnek a szerzői jog alkalmassága a jogvédelem tekintetében, minek folytán a szoftvergyártók szerződéses védelmet voltak kénytelenek keresni termékeiknek. A konkrét megrendelőre szabott programoknál olyan megállapodások voltak használatosak, amelyek alkuelemet is tartalmaztak, míg a tömeges piaci értékesítésre szánt programoknál az alku hiányzott, és az ún. shrink-wrap szerződéseket használták. (A szó eredeti jelentése zsugorfólia, amely a szerződésnek a csomagoláson való elhelyezésére utal).

Az 1976-os szerzői jogról szóló törvény (Copyright Act) szerzői jogi védelem alá vonta a szoftvereket. Ezután fokozatosan kezdett kiépülni a szoftverek védelmét célzó bírói gyakorlat. Ma az Egyesült Államokban a szerzői jogról szóló törvény az elsődleges jogforrás a szoftverekre vonatkozó szabályozás tekintetében, de nagy számban vannak jelen a shrink-wrap szerződések is.

Az Egyesült Államok Legfelsőbb Bírósága a Sony Corp. of

America v. Universal Studios Inc. eset kapcsán kifejtette, hogy a szerzői jogvédelem célja, hogy megtalálja az egyensúlyt a szerzőnek a mű megalkotásával keletkező jogának védelme és annak értékesítéséhez fűződő érdeke, valamint a társadalom konkuráló érdeke között, ami az új ötletekhez való szabad hozzáférés igényében testesül meg.

A programozó a programot egy ún. forráskódban írja, amely csak az ember számára olvasható. A fordítóprogram lefordítja a forráskódot egy ún. tárgyi kóddá, ami csak gép általi olvasásra alkalmas.

A kereskedelmi programok csak a számítógép által olvasható kódrendszer formájában kerülnek értékesítésre, ezért a szerzői jogvédelem önálló tárgyát nem képező elgondolások csak a forráskód származékának dekompilációján, azaz a visszafejtésen keresztül érhetők el.

Ezen cselekménynek a szerzői jog védelme alól történő kiemelése ugyanakkor kiegyensúlyozható az ún. *fair use* (rendeltetésszerű használat) elvvel.

A *fair use* elvének szellemében a szoftver visszafejtése akkor jogszerű, ha felhasználási cselekményeket a jogszerű felhasználó vagy a szoftver példányának felhasználására jogosult más személy, vagy az ő megbízottjuk végzi. Az együttes működtetéshez szükséges információ a fenti pontban említett személyek számára nem vált könnyen hozzáférhetővé és a felhasználási cselekmények a szoftvernek azokra a részeire korlátozódnak, amelyek az együttes működtetés biztosításához szükségesek.

Az Egyesült Államokban a cégek – mintegy válaszként a *fair use* doktrínára, amely a szerzői jog keretén belül szabályozza a visszafejtés folyamatát – szerződéses kikötésekkel megtiltják szoftvereik visszafejtés útján történő felhasználását, méghozzá a már említett shrink-wrap szerződésekben.

A külső fólia eltávolítása után rögtön látható a legfontosabb kikötés, mely szerint műanyag csomagolást eltávolítva a szoftver végső felhasználója elfogadja a licencia szerződés feltételeit. Ezeket blanketta-szerződéseknek is nevezhetjük a tömeges előfordulásuk miatt. Az Egyesült Államok Legfelsőbb Bírósága ezen blanketta-szerződések kikötéseit általában kikényszeríthetőnek minősíti. Tekintettel a visszafejtés tilalmára vonatkozó kikötésekre, ezekben

az esetekben ellentmondás mutatkozik a szerződés és a szerzői jog szabályozása között.

A *Bowers v. Baystate Technologies* eset kapcsán a másodfokú szövetségi bíróság kifejtette, hogy a blanketta-szerződés ugyan megtilthatja a szoftver visszafejtését, de a szerződésben szereplő kikötések nem mondhatnak ellent a szellemi alkotásokra vonatkozó szövetségi jogszabályoknak.

Mindemellett a hatékony verseny fenntartásához elengedhetetlen, hogy a jogszabályok a versenytársaknak lehetőséget biztosítsanak a már meglévő rendszerekkel kompatibilis szoftverek fejlesztésére. A visszafejtés művelete, pedig nélkülözhetetlen a kompatibilitás megvalósításához.

Az *Eichel v. Marsan* eset kapcsán a bíróság rámutatott, hogy ha egy szerző egy már meglévő alapgondolatot új módon dolgoz fel, vagy fejez ki, a szerzői jog biztosította védelem segítségével visszatarthat másokat attól, hogy az alapelgondolást eltérő módon valósítsák meg a későbbiekben. A fentiek miatt minden utóbb keletkező szerzői jog szűkíti a szabad gondolatáramlást és végső soron gátolja a technika fejlődését.

A gazdasági hatékonyság szempontjából közelítve, a különböző elgondolásoknak és koncepcióknak mindenki számára hozzáférhetőnek kellene lenniük, mert ezek az alap építőelemei a kreativitásnak és így az új technológiák kialakulásának. Ha a visszafejtés nem megengedett, a program funkcionális szerepe elvesz a szerzői jog védelme miatt.

A szerzői jog elsődleges társadalmi rendeltetése nem az, hogy az egyes alkotások szerzőit jutalomban részesítse, hanem az, hogy minél többen részesüljenek a tudásanyagból. Annak ellenére, hogy a szerzői jog bizonyos kizárólagos jogokat biztosít a szerzőnek, ugyanakkor a jog birtokosa nem használhatja ezen jogokat a közérdeket sértő módon arra, hogy a piacon versenyfölénybe és ellenőrzési pozícióba kerüljön, vagy ilyen pozícióját fenntartsa.

A szoftverek visszafejtésének tiltása a szerzői joggal való visszaélést és a trösztellenes szabályok megsértését is megvalósíthatja. A szerzői joggal való visszaélés doktrínáját a *Lasercomb America, Inc. v. Reynolds* esetben született döntés kapcsán körvonalazta először a bíróság. E szerint a bírói jog kifejezett védelmet biztosít szerzői jog-

gal való visszaélés esetén. A tényállás szerint a szerzői jog birtokosa a licenciaszerződésének kikötésében kizárta a szoftver fejlesztésének lehetőségét 99 évre. A bíróság azon álláspontra helyezkedett, hogy a fenti kikötéssel a Lasercomb túllépte a szerzői jogvédelem törvényes kereteit, a szerződési kikötéssel közérdeket sértett.

A trösztellenes szabályok megsértése iránti perben a fenti magatartás és eredmény mellett további tényállási elemekre is ki kell hogy terjedjen a bizonyítás, úgy mint a jelentékeny piaci erő fennállta, a tisztességes verseny sérelme, a verseny megakadályozására irányuló szándék stb.

A szerzői jogi védelemmel versenyellenes módon történő visszaélés állapítható meg az olyan licenciaszerződések esetén, amelyek a jogvédelem törvényes kereteit túllépve megakadályozzák a versenytársakat abban, hogy a programot kutassák, illetve egy adott szoftverrel való együttes alkalmazhatóságot kizárják.

A szerzői jog szövetségi szintű szabályozása mindig elsőbbséget élvez az egyes államok szabályaival szemben. Ugyanakkor az állami bíróság megállapíthatja, hogy egy adott licenciaszerződésben a kikötések eltúlzottak. Az ötven állam különbözőképpen áll hozzá az egyes szerződéses kikötések kikényszeríthetőségének kérdéséhez. A számítógépes információáramlás egységesítéséről szóló törvény egy törvénykezési modellt ajánl a szoftver-licenciaszerződések szabályozására, amelyet azonban mindeddig csupán két állam implementált.

David G. Hugley előadásában a gyakorló jogász szemszögéből mutat rá arra, hogy a mai amerikai gazdasági életben az üzleti információk, valamint a technika fejlődését szolgáló új elgondolások óriási vagyoni értékkel és ezért kiemelt fontossággal bírnak. Bizonyos esetekben azonban az azok védelmét szolgáló jogi eszközöknek a szükséges mértéken túlterjeszkedő, ha úgy tetszik rendeltetésellenes használata az új ötletek társadalmi kamatoztathatóságának gátjává válhat.

PROGRAMTERV

- 10.00– 10.10: Megnyitó Dr. Szabó Imre dékán, tanszékvezető
(Polgári Jogi és Polgári Eljárásjogi Tanszék SZTE)
- 10.10–11.00: Prof. Dr. Szalma József tanszékvezető, egyetemi tanár
(Újvidék) „Szerződés-kötési autonómia az európai és a magyar jogban” címmel tart előadást
- 11.00–11.20: hozzászólások, kérdések
- 11.20–11.30: Prof. Dr. Florian Faust tanszékvezető, egyetemi tanár
(Hamburg) „A fogyasztói adásvételről szóló európai uniós irányelv és implementálásának problémái a német jog példáján keresztül” címmel tart előadást
- 12.20–12.40: hozzászólások, kérdések
- 12.40–14.30: állófogadás
- 14.30–15.20: Dr. David G. Hugley alelnök (National Instruments) és jogtanácsos szakjogász (Austin) „Fogalmak használatának korlátozása az Egyesült Államokban (Két terjedő szerződési módszer)” címmel tart előadást
- 15.20–15.40: hozzászólások, kérdések
- 15.40– farewell-drink



X1 1840

vert., 20

XA 5806

Felelős kiadó: Dr. Szabó Imre dékán, tanszékvezető, egyetemi docens

Felelős szerkesztő: Dr. Papp Tekla egyetemi docens

Technikai szerkesztő: Pap Anita

Borítóterv: Tóth Péter

Tipográfia és tördelés: Varga Péter

Készült: 8,375 (A5) nyomdai ív terjedelemben

ISBN 963 86649 7 5